Die Geschäftsbedingungen der Großbanken, insbesondere die Eigenhändlerklausel, die Pfandklausel und das Bankenstimmrecht bei Depotaktien.

INAUGURAL-DISSERTATION

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät

der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

WALTER JUHNKE

aus Treptow a. Toll.

MARBURG 1933

Dissertations-Verlag G. H. Nolte, Düsseldorf

Als Dissertation von der Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 16. Februar 1933.

Berichterstatter: Professor Dr. E. Jung.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

SCHRIFTTUM.

Allgemeine Geschäftsbedingungen der Commerz- und Privatbank, der Berliner Handels-Gesellschaft, der Deutschen Bank und Discontogesellschaft und der Dresdner Bank.

Bericht der durch den 34. Juristentag zur Prüfung einer Reform des Aktienrechts eingesetzten Kommission, hrsg. von der ständigen Deputation des Deutschen Juristentages. Mannheim, Berlin, Leipzig 1928.

Bernstein: Die Geschäftsbedingungen des Bankiers und ihre rechtliche Bedeutung. In B. A. Bd. 4 S. 166.

— Recht der amtlich nicht notierten Werte, in: Festausgabe zum 60. Geburtstage Rießers. Berlin 1913.

— Der Sinn des Depotvertrages. B. A. Bd. 26 S. 233 ff.

Bonn: Reichsgericht und Bankdepotgesetz. B. A. Bd. 9 S. 236.

Breit: Das Selbsteintrittsrecht des Kommissionärs. 1898.

Brodmann: Aktienrecht. Gewerbe- und Industriekomm. Bd. 4 Berlin und Leipzig 1928.

Cosack: Lehrbuch des Handelsrechts. 12. Aufl. Stuttgart 1930.

Deichmann: Effekten-Zentral-Sammeldepots. Diss. Göttingen 1929.

Düringer-Hachenburg: Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897 4. Bd. 3. Aufl. Mannheim-Berlin-Leipzig 1932.

Emmerich: Pfandrechtskonkurrenzen. Berlin 1909.

v. Gierke, J.: Handelsrecht und Schiffahrtsrecht. 3. Aufl. Berlin u. Leipzig 1929.

— Kommissionär, Kommissionsgeschäft usw., in: Handwörterbuch d. Rechtswiss. 3. Bd. hrsg. von Stier-Somlo. Berlin-Leipzig 1928.

Gieseke: Das Aktienstimmrecht der Banken. Berlin 1926.

Harmening: Die Generalversammlung der Aktiengesellschaft. Stimmrecht und Mehrstimmrecht des Aktionärs. Erschienen in: Ring-Schachian: Die Praxis der Aktiengesellschaft. Berlin-Leipzig 1929.

Hartmann: Das Stimmrecht der Depotaktie. B. A. Bd. 24 S. 486.

Haußmann: Vom Aktienwesen und vom Aktienstimmrecht. Mannheim-Berlin-Leipzig 1928.

Heilbrunn: Zur Reform des Aktienrechts. Berlin 1930.

Heinsheimer: Handelsrecht in der Kohlrausch-Kaskelschen Enzyklopädie d. Rechtswiss. 2. Aufl. Berlin 1927.

Hoeniger: Die Erweiterung der Pfandklausel in den Bankbedingungen, in: Beiträge zum Wirtschaftsrecht, hrsg. von Klausing, Nipperdey, Nußbaum. Bd. 1 u. 2. Marburg 1931.

Holländer: Die Unternehmungsformen als wirtschaftlicher Faktor. Berlin 1927.

Horrwitz: Schutz- und Vorratsaktien. Berlin 1926.

Kaeferlein: Der Bankkredit und seine Sicherungen. 2. Aufl. Nürnberg 1918.

Koch: Die Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Jena 1932.

Kommentar zum Börsengesetz, auf Veranlassung des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes, bearb. von Rehm, Trumpler, Dove, Neukamp, Schmidt-Ernsthausen und Breit. Anhang: Das Recht der Effektenkommission von James Breit. Ein Kommentar für den § 400 bis 405 des HGB. (C.V.-Kommentar). Berlin 1909.

Klausing: Der Krediteröffnungsvertrag, im Sonderheft des 6. Jahrgangs der Zeitschrift für Ausl. u. internat. Privatrecht, Berlin u. Leipzig 1932.

Langen: Eigentumserwerb u. -verlust bei Kommissionsgeschäften. Marburg 1900.

Lepa: Die Lehre vom Selbsteintritt des Kommissionärs. Stuttgart 1883.

Ludewig: Hauptprobleme des Aktienrechts. Marburg 1929.

Metze: Die Rechtsgrundlage des erweiterten Effektengiroverkehrs, in: Ztschr. f. Handelsrecht Bd. 91.

Müller-Erzbach: Deutsches Handelsrecht. 2. u. 3. Aufl. Tübingen 1928.

— Die Entartung des deutschen Aktienwesens seit der Inflationszeit. Tübingen 1926.

— Umgestaltung der Aktiengesellschaft zur Kerngesellschaft verantwortungsvoller Großaktionäre. Berlin 1929.
Neufeld-Schwarz: Handelsgesetzbuch ohne Seerecht. 2. Bd. Berlin 1931.
Nithack: Zentralbankier und Lokalbankier nach dem § 8 des Depotgesetzes. Berlin 1910.
Nord: Grundlinien der Machtverteilung zwischen Verwaltung und Aktionär. Berlin 1930.
Nußbaum: Die Börsengeschäfte, in Ehrenbergs Handb. 4. Bd. 2. Abt. Leipz. 1918.
— Das Geld. Tübingen 1925.
— Kommentar zum Börsengesetz für das Deutsche Reich vom 22. 6. 96. München 1910.
— Aktionär und Verwaltung. Berlin 1928.
Nußbaum: Bank- und Börsenrecht. Eine Sammlung von Gesetzen und Geschäftsbedingungen. Berlin u. Leipzig 1926.
Regelsberger: Die rechtliche Bedeutung der sog. Geschäftsbedingungen der Bankiers für die Kontokorrentverträge. B. A. Bd. 5 S. 169.
Reichsgerichtsräte-Kommentar. Bd. 3: Sachenrecht, 6. Aufl. Berlin u. Leipz. 1928.
Rießer-Bernstein: Das Bankdepotgesetz. 5. Aufl. Berlin 1928.
Ruth: Das Depotgesetz und seine Reform. Marburg 1930.
Ruthe: Das Effektenkommissionsgeschäft. Greifswald 1918.
Schlegelberger: Probleme des Aktienstimmrechts. Leipzig 1926.
Schmidt-Rimpler: Das Kommissionsgeschäft. Leipzig 1928 (in Ehrenbergs Handb. d. ges. Handelsrechts).
Schumann: Bankverwahrung und Konkurs nach der neuesten Gestaltung des Depotgesetzes. Leipzig 1926.
Simon: Vertretung eigener und fremder Aktien in Generalversammlungen. Festgabe für Wilke, S. 255 ff. 1900.
Solmssen: Probleme des Aktienrechts unter besonderer Berücksichtigung ihrer Entwicklung in den Vereinigten Staaten von Amerika. B. A. Bd. 26 S 21.
Sontag: Die Aktiengesellschaften im Kampfe zwischen Macht und Recht. Berlin 1918.
Staub-Koenige: Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 2. Bd. 12. u. 13. Aufl. Berlin-Leipzig 1926. 3. Bd. 12./13. Aufl. Berlin-Leipzig 1926. 4. Bd. 12./13. Aufl. Berlin-Leipzig 1927.
Weisbart: Die Beleihung der vom Bankier weitergegebenen fremden Wertpapiere. B. A. Bd. 13 S. 128.
Welter: Erneuerung des Aktienrechts. Frankfurt a. M. 1929.
Woite: Haftung und Allgemeine Geschäftsbedingungen der Banken. Berlin 1931.
Wolff: Sachenrecht. 8. Bearb. Marburg 1929.
Zur Reform des Aktienrechts. Antworten des Deutschen Anwaltvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers. I. Teil, Leipzig 1929.
Zur Reform des Aktienrechts. Stellungnahme des V.D.B. Leipzig 1930.

Zeitschriften, Entscheidungssammlungen.

Bankarchiv, Zeitschrift für Bank- und Börsenwesen (B.A.)
Die Praxis des Reichsgerichts in Zivilsachen, hrsg. von Bolze.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (RGZ.)
Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts von Johow und Ring (KGJ).
Juristische Wochenschrift, herausg. vom Deutschen Anwaltverein (JW.).
Leipziger Zeitschrift für Handels-, Konkurs- und Versicherungsrecht, hrsg. von Düringer, Jaeger, Hoeniger (LZ.).
Monatsschrift für Handelsrecht und Bankwesen, begr. von Holdheim, hrsg. von Heilbrunn (Holdheims Monatsschr.).
Seufferts Archiv für Entscheidungen der Obersten Gerichte in den deutschen Staaten, hrsg. von Cornelius (Seuff.Arch.).
Rechtsprechung der Oberlandesgerichte auf dem Gebiete des Zivilrechts, hrsg. von Mugdan und Falkmann (Rechtsprechung).
Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, hrsg. von Goldschmidt, v. Hahn, Keyßner, Laband, Sachs (ZHR.).

INHALTSVERZEICHNIS.

A. Allgemeiner Teil: Der Begriff der Geschäftsbedingungen und ihr rechtlicher Charakter.

§ 1. Die Bedeutung der Geschäftsbedingungen in wirtschaftlicher Hinsicht 1

§ 2. Die Bestätigung über den Empfang als rechtsgeschäftliche Willenserklärung 2

§ 3. Der Abschluß von Geschäften ohne Bezugnahme auf bestehende Geschäftsbedingungen 6

§ 4. Die Nichtigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Ausnutzung einer Machtstellung 8

§ 5. Die Uebereinkunft über die Geschäftsbedingungen als Vertragsmehrheit oder Vertragseinheit 9

B. Besonderer Teil: Eigenhändlerklausel, Pfandklausel und Bankenstimmrecht.

I. Abschnitt: Die Eigenhändlerklausel.

§ 6. Der Begriff der Eigenhändlerklausel 12

§ 7. Die drei Formen des Effektengeschäfts: Eigengeschäft, Kommissionsgeschäft, Selbsteintritt 13

§ 8. Die Eigenhändlerklausel im Rahmen der Effektengeschäfte 16

§ 9. Die Wirkung der Eigenhändlerklausel 22

II. Abschnitt: Die Pfandklausel.

§ 10. Der Begriff der Pfandklausel 27

§ 11. Die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Pfandklausel 28

§ 12. Die Wirkung der Pfandklausel 34

§ 13. Das mehrfache Pfandrecht auf Grund der Pfandklausel . . 37

§ 14. Pfandklausel und Depotgesetz 39

III. Abschnitt: Das Bankenstimmrecht bei Depotaktien.

§ 15. Der Begriff des Bankenstimmrechts 42

§ 16. Die wirtschaftliche Bedeutung und Wirkung des Bankenstimmrechts 43

§ 17. Die rechtliche Grundlage des Bankenstimmrechts . . . 48

A. Allgemeiner Teil.

DER BEGRIFF DER GESCHÄFTSBEDINGUNGEN UND IHR RECHTLICHER CHARAKTER.

§ 1. Die Bedeutung der Geschäftsbedingungen in wirtschaftlicher Hinsicht.

Die Geschäftsbedingungen sind vertragliche Vorschriften, die den Geschäftsverkehr zwischen zwei Geschäftsfreunden, den Abschluß von Verträgen und Handelsgeschäften und deren Erfüllung sowie die daraus evtl. entstehenden Verpflichtungen bindend regeln. Es ist im heutigen Wirtschaftsleben vielfach üblich, daß Rechtsgeschäfte auf der allgemeinen Grundlage solcher Bedingungen abgeschlossen werden. Jedenfalls haben alle Großunternehmungen wie Speditionsfirmen, Schiffahrtsgesellschaften, Privateisenbahnen, Getreidehandelsgesellschaften usw. ihre eigenen Geschäftsbedingungen, die sie im Verkehr mit ihrer Kundschaft anwenden. Ebenso haben auch die Banken für ihren Geschäftsverkehr allgemeine Geschäftsbedingungen aufgestellt. Sie enthalten Besonderheiten zu Gunsten der Banken, welche vom allgemeinen Recht abweichen oder es ergänzen. Diese allgemeinen Geschäftsbedingungen, die für alle Berliner Großbanken ziemlich einheitlich beschaffen sind, gelten natürlich auch für ihre Filialen und Zweigstellen sowie für die mit ihnen in Interessengemeinschaft stehenden mehr oder weniger von ihnen abhängigen anderen Banken in der Provinz. Es wird also fast jedes Geschäft, das mit einer Bank getätigt wird, im Rahmen dieser von ihr aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen abgeschlossen. Ob nun allerdings diese Geschäftsbedingungen auch in jedem einzelnen Falle für den Kunden bindend sind, läßt sich nicht so ohne weiteres entscheiden. Vom Standpunkt der Banken aus ist jedes Geschäft unter den von ihnen aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen zustandegekommen, denn sie sind ja zum eigenen Nutzen von den Banken selbst geschaffen worden. Beurteilt man jedoch diese allgemeinen Geschäftsbedingungen vom Kundenstandpunkt aus, so kommt man zu einer anderen Auffassung über ihre Wirkung und über ihre rechtliche Bedeutung.

Sinn und Zweck dieser Bedingungen soll sein, den Geschäftsverkehr zwischen Banken und Kundschaft zu erleichtern. Es sollen Lücken ausgefüllt werden, die im geltenden Recht vorhanden sind, und es sollen Unklarheiten, die vielleicht beim Abschluß solcher Geschäfte leicht entstehen können, durch

diese Abmachungen ausgeschaltet werden. Ob die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Großbanken diesen Erfordernissen in allen Fällen gerecht werden, kann zweifelhaft sein. Man kann auch das einseitige Aufstellen der Geschäftsbedingungen durch die Banken ablehnen, weil eine derartige Uebung einem Diktat gleicht, dem sich die Kundschaft unterwerfen muß, wenn sie mit der Großbank Geschäftsbeziehungen anknüpfen will. Die Banken haben als Geld- und Kreditinstitute und durch ihre mannigfaltigen zentralen Bindungen eine gewisse Monopolstellung im deutschen Wirtschaftsleben erlangt, die sie instand setzt, den Geld- und Effektenmarkt in maßgebender Weise zu beeinflussen oder gar zu beherrschen. Benötigt nun jemand einen größeren Kredit, oder will jemand, sei es als Berufsspekulant oder als Kapitalist, sich durch den Kauf von Effekten Spekulationsgewinne oder Kapitalsanlagewerte verschaffen, so muß er die Hilfe einer Bank in Anspruch nehmen. Kreditgeschäfte und Effektenbesorgungsgeschäfte können nur in den wenigsten Fällen ohne Vermittlung einer Bank abgeschlossen werden. Man kann also nicht sagen, von der Monopolstellung der Banken könne keine Rede sein; denn der Kunde sei ja nicht gezwungen, mit der Bank zu arbeiten. Aber welche Einwände und Zweifel man auch gegen die Form und die Anwendung der Geschäftsbedingungen erheben mag, so ist doch die Notwendigkeit derartiger Abmachungen nicht von der Hand zu weisen. Man muß immer berücksichtigen, daß die allgemeinen Geschäftsbedingungen möglichst generell alle Fälle des Geschäftsverkehrs zwischen Banken und Publikum erfassen sollen. Wenn sich dabei hier und dort Schwächen zeigen, so ist das bedauerlich, aber es ist kein Grund dafür, die Geschäftsbedingungen in Bausch und Bogen abzulehnen.

§ 2. Die Bestätigung über den Empfang der Geschäftsbedingungen als rechtsgeschäftliche Willenserklärung.

Wenn nun die allgemeinen Geschäftsbedingungen im Rahmen dieser Darstellung geprüft werden sollen, so ist vor allen Dingen neben der wirtschaftlichen Seite die rechtliche Grundlage zu prüfen. Die Geschäftsbedingungen müssen sowohl vom wirtschaftspolitischen wie vom rechtlichen Standpunkt aus betrachtet einwandfrei sein, wenn sie die Aufgaben erfüllen sollen, für die sie geschaffen sind. Es mag noch tragbar sein, wenn die Kritik aus wirtschaftlichen Gründen mancherlei Angriffspunkte in den Geschäftsbedingungen der Großbanken findet, aber es geht nicht an, daß diese Grundlagen des Geschäftsverkehrs zwischen Banken und Kundschaft rechtliche Mängel zeigen.

Es ist daher zunächst einmal die Rechtsnatur der allgemeinen Geschäftsbedingungen der Großbanken zu untersuchen. Dabei handelt es sich hauptsächlich um die Frage, ob in der Be-

stätigung des Empfanges der Geschäftsbedingungen eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Kunden erblickt werden kann.

Im allgemeinen pflegen die Banken demjenigen, der gewillt ist, mit ihnen in Geschäftsverbindung zu treten, vor Eröffnung der Beziehungen die von ihnen aufgestellten allgemeinen Geschäftsbedingungen zu übersenden. Mit diesen Bedingungen erhält der zukünftige Kunde gleichzeitig ein Formular, das er als Empfangsbestätigung unterschrieben zurücksenden soll. Von dieser Bestätigung hängt das zwischen Bank und Geschäftsfreund etwa zur Entstehung gelangende Rechtsverhältnis ab.

Nimmt man den Fall an, daß der Geschäftsfreund das Bestätigungsformular unterschrieben an die Bank zurücksendet und darauf erst den eigentlichen Geschäftsverkehr eröffnet, sei es, daß er ein Konto eröffnet und darüber Verfügungen trifft, oder daß er der Bank Aufträge zum Anschaffen von Effekten erteilt, so dürfte die Entscheidung der Frage, ob alle diese einzelnen Geschäftshandlungen im Rahmen der Geschäftsbedingungen stattfinden, kaum zu Schwierigkeiten führen. Man muß annehmen, daß derjenige Kunde, dem die Geschäftsbedingungen vor Eröffnung des Geschäftsverkehrs übersandt werden und der daraufhin die Bestätigung ihres Empfanges vornimmt, Kenntnis von dem Inhalt der Bedingungen genommen und sich damit einverstanden erklärt hat [1]). Durch diese Bestätigung ist die Einigung zwischen Bank und Kunden erfolgt, die zum Zustandekommen eines jeden Vertrages erforderlich ist. Wenn von Kreisen [2]), die in dieser Richtung offen als Bankengegner auftreten, behauptet wird, daß die meisten Kunden die ihnen übersandten Geschäftsbedingungen der Banken garnicht durchlesen, sondern die Empfängsbestätigung unterschreiben, ohne dabei zu wissen, was sie überhaupt bestätigen, so stellen sie hierdurch der Bankkundschaft ein Armutszeugnis aus, das unsere heutigen Geschäftsleute nicht verdienen. Selbst wenn es sich in einem solchen Falle nicht um Unternehmer handelt, sondern um Bankkunden, die in irgendwelchen anderen Berufen stehen, so ist doch anzunehmen, daß sie ihre Unterschrift nicht blindlings auf ein Formular setzen, ohne sich klar darüber zu werden, welche Rechtsfolgen eine solche Handlung nach sich ziehen könnte. Wer im Geschäftsleben eine Unterschrift leistet, muß eben wissen, daß er dadurch Verpflichtungen eingeht, und er kann sich nachher nicht darauf berufen, daß er den Inhalt der Geschäftsbedingungen nicht verstanden oder daß er ihn garnicht gelesen habe [3]). Liegt also diese Empfangsbestätigung vor, so

1) Nußbaum, Börsengesetz S. 370.

2) Welter a.a.O. S. 26; Müller-Erzbach, Entartung des deutschen Aktienwesens S. 8.

3) Zur Reform des Aktienrechts. Antworten des Deutschen Anwaltsvereins auf die Fragen des Reichsjustizministers, S. 166.

hat damit der Kunde sich mit den Geschäftsbedingungen der Bank einverstanden erklärt.

Anders liegt der Fall dagegen, wenn der Geschäftsfreund die Zusendung der Geschäftsbedingungen erst bestätigt, wenn er bereits einzelne Geschäfte mit der Bank getätigt hat. Hier hat der Kunde also auch die Bedingungen bereits vor Eröffnung der geschäftlichen Beziehungen von der Bank zugestellt bekommen, aber er hat aus irgendwelchen Gründen die Bestätigung des Empfangs verzögert. Dadurch sind schon geschäftliche Handlungen mit der Bank vorgenommen worden, bevor noch die Bank in den Besitz der Empfangsbestätigung gekommen ist. Hier entsteht die Frage, ob diese in der Zwischenzeit vorgenommenen Akte unter die allgemeinen Geschäftsbedingungen fallen, ob also die nachträgliche Bestätigung den Kunden rückwirkend auch für diese bereits getätigten Geschäfte der Bank gegenüber bindet. Aber auch hier dürfte die nachträgliche schriftliche Einigung über die allgemeinen Geschäftsbedingungen als ausreichend erachtet werden. Wenn schon der Kunde sich nach Zusendung der allgemeinen Geschäftsbedingungen auf Geschäfte mit der Bank einläßt und er nachträglich auch noch das Bestätigungsschreiben vollzieht, so erklärt er dadurch, daß er auf Grund dieser Geschäftsbedingungen mit der Bank kontrahieren wollte.

Endlich ist der Fall zu prüfen, ob beim Ausbleiben jeglicher Empfangsbestätigung evtl. ein Anerkenntnis der allgemeinen Geschäftsbedingungen und damit das Zustandekommen des Vertrages durch Schweigen erfolgen kann. Bei diesem Tatbestand sind also auch vor Beginn des Geschäftsverkehrs dem Kunden von der Bank ihre Bedingungen zugestellt worden. Darauf hat der Kunde verschiedene Geschäfte mit der Bank abgeschlossen. Jedoch hat er nie den Empfang der Geschäftsbedingungen in irgend einer Form bestätigt. Aber auch hier nimmt man an, daß ein Einverständnis zwischen den beiden Kontrahenten vorliegt. Auch wenn der Kunde der Bank weder eine schriftliche Empfangsbestätigung geschickt noch ihr gegenüber in irgend einer mündlichen Form ihre Bedingungen anerkannt hat, schließt man aus den getätigten Geschäften, daß der Kunde mit den Geschäftsbedingungen der Bank einverstanden ist. Erhält der Geschäftsfreund die Geschäftsbedingungen seiner Bank zugesandt, so ist er nach Treu und Glauben verpflichtet, sich mit dem Inhalt dieser Bedingungen bekannt zu machen. Erhebt er gegen sie keinen Widerspruch und schließt er darauf Geschäfte mit der Bank ab, so gelten damit im Handelsverkehr die Geschäftsbedingungen als genehmigt[4]). Der Kunde erkennt damit an, daß

4) RGZ. 13/77; 58/155; RG. in JW. 01/621; RG. in LZ. 15/705; RG. im „Recht" 29 Nr. 795; OLG. Hamburg in JW. 18/236; OLG. Kiel im Recht 21 Nr. 1442. Düringer-Hachenburg § 346 Anm. 13 u. 16. Bernstein in Bankarchiv Bd. 4 S. 167. Neufeld-Schwarz § 346 Anm. 23. Klausing a.a.O. S. 87.

er in Zukunft auf dieser Basis mit der Bank kontrahieren will. Unterbricht er allerdings die Geschäftsverbindung auf längere Zeit, so kann sich die Bank nicht mehr auf eine stattgefundene Einigung berufen[5]). Handelt es sich aber nur um kürzere Unterbrechungen, so haben diese auf das Fortbestehen der Einigung keinen Einfluß[6]).

Damit ist festgestellt, daß in allen Fällen, wo eine Uebersendung von Geschäftsbedingungen seitens der Bank an den Kunden vor Eröffnung der Geschäftsbeziehungen vorliegt, immer eine Einigung über diese Bedingungen zustandekommt, wenn der Kunde in irgend einer Form sich mit denselben einverstanden erklärt. Dies kann durch schriftliche Empfangsbestätigung und durch konkludente Handlungen geschehen, wenn diese auf eine Einigung mit der Bank schließen lassen.

Es ist aber auch möglich, daß die Bank ihre Geschäftsbedingungen dem Kunden nicht vor Eröffnung der Geschäftsbeziehungen zustellt, wie es im allgemeinen üblich ist, sondern die Bank übersendet ihre Bedingungen der Kundschaft erst, nachdem der Geschäftsverkehr bereits eröffnet ist. Dieser Fall kommt bisweilen vor, wenn die Bank aus irgendwelchen Gründen die sofortige Zustellung der Geschäftsbedingungen versäumt hat. Sie pflegt dann dem ersten Kontoauszug oder der ersten Effektenabrechnung des Kunden ein Formular ihrer Geschäftsbedingungen beizufügen. Häufig enthalten auch die Schlußnoten der Banken einen Abdruck ihrer Geschäftsbedingungen oder Auszüge aus demselben. Auch wird verschiedentlich in den Abrechnungen darauf hingewiesen, daß Geschäfte nur auf Grund der Geschäftsbedingungen abgeschlossen werden.

In allen diesen Fällen ist also zu untersuchen, ob die vor Kenntnisnahme der Bankbedingungen geschlossenen Geschäfte unter die erst nachträglich mitgeteilten Bedingungen fallen. Eine Einigung darüber zwischen Bank und Geschäftsfreund ist auch hier nur zu vermuten, wenn der Kunde in irgend einer Form die Offerte der Bank, auf Grund der Bedingungen mit ihr geschäftlich zu verkehren, akzeptiert hat. Bestätigt der Kunde den Empfang der ihm mit seinem Kontoauszug übersandten Geschäftsbedingungen, und setzt er darauf in gleicher Weise wie vorher die Beziehungen zu seiner Bank fort, so ist anzunehmen, daß er mit den Bedingungen einverstanden ist, und daß er sie auch auf die bereits mit der Bank getätigten Geschäfte bezogen wissen will. Doch auch wenn er keine ausdrückliche Bestätigung vornimmt, aber trotzdem weiter den Geschäftsverkehr mit seiner Bank aufrechterhält, so ist doch bei sinngemäßer Auslegung des Genehmigungswillens darauf zu schließen, daß die stattgefundenen Geschäfte nach den Bank-

---

5) RG. bei Warneyer 1915 Nr. 44.
6) RG. in JW. 1927 S. 1467; Neufeld-Schwarz § 346 Anm. 23.

bedingungen beurteilt werden sollen[7]). Einen ähnlichen Schluß kann man in dem Falle ziehen, wenn die Geschäftsbedingungen der Bank auf den dem Kunden übersandten Schlußnoten aufgeführt sind. Wenn dann der Kunde die Geschäftsbedingungen auch nicht ausdrücklich anerkennt, so ist er aber doch nach Treu und Glauben verpflichtet, sich von dem Inhalt dieser auf den Schlußnoten aufgeführten Geschäftsbedingungen zu überzeugen und dazu Stellung zu nehmen. Unterläßt er jede ablehnende Aeußerung und kontrahiert er weiter mit der Bank, so ist seine Zustimmung zu den Geschäftsbedingungen zu vermuten. Er erklärt sich damit einverstanden, daß sich die Bedingungen auf alle, auch die früheren, Geschäfte mit der Bank beziehen sollen. Das Oberlandesgericht Hamburg erklärt in seiner Entscheidung vom 27. 9.1919 sogar ausdrücklich, daß auch ein Nichtkaufmann sich durch widerspruchslose Annahme der Schlußnoten eines Bankiers den Geschäftsbedingungen unterwerfe, auf die in den Schlußnoten hingewiesen wird[8]).

§ 3. Der Abschluß von Geschäften ohne Bezugnahme auf bestehende Geschäftsbedingungen.

In den bisherigen Fällen hat die Bank immer den Kunden in irgend einer Form auf ihre Geschäftsbedingungen hingewiesen, und der Kunde hat dann durch eine zustimmende Aeußerung die Einigung vollzogen. Es besteht aber auch die Möglichkeit, daß jemand mit einer Bank in Geschäftsbeziehungen tritt, ohne daß dabei auf bestehende Geschäftsbedingungen Bezug genommen wird. Hierbei ist wieder zu unterscheiden, ob der Kunde von der Existenz der Geschäftsbedingungen wußte, oder ob er das Bestehen derselben nicht kannte.

Wußte der Geschäftsfreund, daß die Bank allgemeine Geschäftsbedingungen aufgestellt hatte und regelmäßig nur auf Grund dieser Bedingungen abschloß, so genügt dies noch nicht, um auch für ihn die Verbindlichkeit dieser Geschäftsbedingungen herzustellen[1]). Soll der Kunde ihnen unterworfen sein, so muß zum mindesten beim Abschluß der einzelnen Geschäfte von der Bank darauf hingewiesen werden, daß sie grundsätzlich auf ihre Geschäftsbeziehungen nur die von ihr aufgestellten Bedingungen angewandt wissen wolle[2]). In der oben angeführten Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg ist festgestellt, daß als Hinweis die Bezugnahme auf die Bedingungen in den Schlußnoten der Bank genügt. Die bloße Kenntnis des Kunden

---

7) RG. 3. 5. 99 in Holdheims Monatsschr. S. 190; RG. 1. 8. 01 in JW. S. 621; RG. 20. 11. 09 in Bankarchiv Bd. 9 S. 141; Nußbaum, Börsenges. S. 370.
8) OLG. Hamburg in Bankarch. Bd. 19 S. 103.
1) RG. in LZ. 07 S. 428; Düringer-H. § 346 Anm. 13.
2) KG. in OLG.41/216 und 40/212; ferner RG. bei Gruch. 64/341.

von dem Bestehen der Geschäftsbedingungen ist also nicht ausreichend für die Einigung.

Jetzt ist noch die Möglichkeit zu untersuchen, ob eine Einigung zwischen Bank und Kunden über Geschäftsbedingungen möglich ist, von deren Bestehen der Kunde überhaupt nichts weiß. Es handelt sich hier hauptsächlich um den Fall der öffentlich bekanntgegebenen Geschäftsbedingungen. Es ist vorgekommen, daß Banken ihre Bedingungen durch Bekanntmachung in den Zeitungen und durch Aushängen im Geschäftslokal veröffentlicht haben. Nun ist aber bis jetzt immer festgestellt worden, daß nur dann eine Einigung über die Geschäftsbedingungen zwischen Bank und Kunden vorliegt, wenn eine Aeußerung des Geschäftsfreundes erfolgt ist, die auf sein Einverständnis mit den Bedingungen schließen läßt. Dabei ist es einerlei, ob er ein schriftliches Bestätigungsschreiben übermittelt oder ob er durch konkludente Handlungen seine Zustimmung erklärt. Vorausgesetzt ist aber immer, daß er von dem Bestehen der Geschäftsbedingungen überhaupt weiß, und daß die Bank in irgend einer Form darauf hingewiesen hat, daß sie nur auf Grund dieser Bedingungen mit ihrer Kundschaft kontrahieren wolle. Diese Voraussetzungen brauchen bei den öffentlich bekanntgegebenen Bedingungen aber nicht immer vorzuliegen. Es besteht zwar bei sog. Großunternehmen die Handelsübung, ihre Geschäftsbedingungen öffentlich bekannt zu machen, und für den Kunden entsteht dann ohne weiteres die Verpflichtung, diese Bedingungen gegen sich gelten zu lassen [3]). Wie weit aber diese Verpflichtung im Einzelfalle geht, dürfte Tatfrage sein. Jedenfalls kann sie aber nicht weitergehen, als nach Treu und Glauben zugemutet werden kann. Nur bei größeren Unternehmungen kann der Kunde mit dem Bestehen von allgemeinen Geschäftsbedingungen rechnen, und deshalb können sich auch nur solche Unternehmungen mit Erfolg auf die Veröffentlichung berufen. In solchen Fällen muß immer geprüft werden, ob die Bekanntmachung als eine für den Kontrahenten gehörige und genügende anzusehen ist [4]). Unter diesem Gesichtspunkt muß man auch zwei Entscheidungen werten, die durchaus den Standpunkt der Banken vertreten. Das OLG. Düsseldorf [5]) hat einmal entschieden, daß bei Veränderungen von Geschäftsbedingungen lediglich die Veröffentlichung in den Zeitungen ohne Rücksicht auf die Kenntnisnahme des Kunden genüge, und das Landgericht Braunschweig [6]) hat sogar veränderte Bankbedingungen auch ohne Bekanntgabe für verbindlich erklärt.

Das Reichsgericht aber sagt, daß in solchen Fällen der Kunde

---

3) Düringer-Hachenburg § 346 Anm. 16; Staub-Koenige § 346 Anm. 17 a.

4) RGZ. 103/86; 109/304; Neufeld-Schwarz § 346 A. 25; OLG. Celle 22. 11. 24 in Bankarchiv Bd. 24 S. 119.

5) OLG. in JW. 1926/609 Nr. 8.

6) OLG. in JW. 1924/1195 Nr. 5.

an außergewöhnliche und im allgemeinen nicht übliche Bedingungen durch die Veröffentlichung allein nicht gebunden werden kann. In diesem Falle wird er nur durch deren Kenntnis der Bank gegenüber verpflichtet [7]).

§ 4. Die Nichtigkeit der allgemeinen Geschäftsbedingungen bei Ausnutzung einer Machtstellung.

Zu erwägen ist noch die Möglichkeit, daß der Kunde seine Zustimmung zu den Geschäftsbedingungen seiner Bank in einer gewissen Notlage gegeben hat. Grundsätzlich ist daran festzuhalten, daß der Kunde durch schriftliche, mündliche oder stillschweigende Anerkennung der Bedingungen das Einverständnis zwischen Geschäftsfreund und Bank herbeiführt. Aber es gibt auch hier Grenzfälle, die eine andere Entscheidung herbeiführen können.

Es kann sich z. B. um einen Geschäftsmann handeln, der unbedingt die Hilfe einer Bank für ein gewisses Unternehmen benötigt. In der Zeit nach der Inflation, die eine ungeheure Vernichtung von Werten herbeigeführt hatte, machte sich ein erheblicher Mangel an Betriebskapital im deutschen Wirtschaftsleben bemerkbar. Infolgedessen waren die Zinssätze für Darlehen und Kredite in laufender Rechnung außergewöhnlich hoch. Aber die Geschäftsleute brauchten das Geld, wenn sie auch sahen, daß die Zinssätze für sie untragbar waren. Die Geldinstitute befanden sich hier tatsächlich in einer Monopolstellung, die sie instandsetzte, ihre Geschäftsbedingungen der Kundschaft aufzuzwingen. Die Kunden mußten die Kredite der Banken zu den für sie untragbaren Zinssätzen in Anspruch nehmen. Wie sich dieser Zwang auswirkte, zeigten dann die bald erfolgenden täglichen Zusammenbrüche im deutschen Wirtschaftsleben. Man hat dagegen den Einwurf erhoben, daß es sich hierbei um lebensunfähige Unternehmen gehandelt hätte, die den sich gesund erhaltenden Betrieben hätten weichen müssen. Wenn diese Katastrophen auch in vielen Fällen sog. Inflationsunternehmungen betrafen, die ebenso schnell verschwanden, wie sie vorher aufgetaucht waren, so wurden doch auch viele alte gutfundierte Firmen ein Opfer dieser Zwangslage.

Aus dieser Monopolstellung, welche die Banken damals innehatten, weil ihr Gewerbe für den Verkehr unentbehrlich war, hätte sich auch eine gewisse Zurückhaltung bei ihren Vertragsbestimmungen ergeben müssen [1]). Das Reichsgericht hat in einer Entscheidung, die Speditionsverträge zum Gegenstand hat, erkannt, daß ein Unternehmer bei den Bedingungen, zu denen er Verträge abschließt, nicht einseitig seine Interessen zugrunde

7) RGZ. 103/86; 109/304.
1) RGZ. 48/127.

legen darf, sondern er muß in einer Weise verfahren, die mit den allgemeinen Verkehrsbedürfnissen vereinbar ist. Tut er das nicht, so entsteht für den Verkehr ein Zustand, der nicht zugelassen werden kann. „Damit rechtfertigt es sich, die Bedingungen, die eine übermäßige Ausnutzung der gegebenen Machtstellung enthalten, als nichtig anzusehen“ [2]). Das Reichsgericht betont ausdrücklich, daß es auch nicht darauf ankomme, ob etwa im einzelnen Falle ein Kunde den Abschluß eines Vertrages hätte vermeiden und infolge günstiger Umstände ein Geschäft selbst hätte erledigen können Wenn diese Entscheidung sich auch auf Speditionsverträge bezieht, so dürfte sie doch auch auf ähnliche Fälle bei den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken anzuwenden sein. Auch in anderen Fällen dieser Art hat das Reichsgericht die Geschäftsbedingungen für unsittlich erklärt [3]). Voraussetzung dieser Nichtigkeit ist aber immer eine übermäßige Ausnutzung der den Banken gegebenen Machtstellung [4]).

Auch die Verordnung gegen den Mißbrauch wirtschaftlicher Machtstellungen vom 2. November 1923 mag hier herangezogen werden. Wenn unter Ausnutzung einer wirtschaftlichen Machtstellung die Gesamtwirtschaft oder das Gemeinwohl gefährdet wird, ist der Reichswirtschaftsminister berechtigt, das Eingreifen des Kartellgerichts zu beantragen [5]).

§ 5. Die Uebereinkunft über die Geschäftsbedingungen als Vertragsmehrheit oder Vertragseinheit.

Nachdem die verschiedenen Möglichkeiten der Einigung über die Geschäftsbedingungen der Banken festgestellt sind, ist jetzt die Art des so zustandegekommenen Vertrags zu prüfen.

Es handelt sich hier um die Frage, ob die Geschäftsbedingungen eine Vertragseinheit oder eine Vertragsmehrheit darstellen. In der Literatur ist noch eine dritte Ansicht erörtert worden [1]), nämlich die, daß überhaupt kein Vertrag vorliege. Man ging dabei davon aus, ob die Bestätigung der Geschäftsbedingungen überhaupt eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Kunden sei. Wie aber bereits oben dargelegt ist, kann man in jeder schriftlichen oder mündlichen zustimmenden Aeußerung des Kunden, ja sogar in gewissen Fällen in seinem Schweigen eine Willenserklärung erblicken, die eine Einigung mit der Bank herbeiführt. Ein Vertrag ist also zwischen den beiden Kontra-

2) RGZ. 99/108.

3) RGZ. 98/123; 106/388; 109/304; 110/63; 115/219; 117/202; ferner Heinsheimer S. 108 Anm. 2.

4) Vgl. Koch a.a.O. S. 5 ff.

5) Cosack a.a.O. S. 235; Gierke a.a.O. S. 517 (Handelsrecht).

1) Vgl. Bernstein im Bankarchiv Bd. 4 S. 167; Regelsberger, ebd. Bd. 5 S. 169.

henten zustandegekommen. Fraglich könnte eben nur sein, ob ein einheitlicher Vertrag oder eine Vertragsmehrheit vorliegt. Für die letztere Ansicht ist anzuführen, daß in den Geschäftsbedingungen der Banken die verschiedensten Arten von Rechtsgeschäften aufgeführt sind, die der Kunde durch seine Zustimmung zu den Bedingungen alle einzeln zum Abschluß bringt. Er schließt also Kommissionsverträge, Verwahrungsverträge, erteilt Vollmachten, bestellt Pfänder usw. Alle Rechtsgeschäfte kommen durch seine Zustimmung einzeln zur Entstehung. Diese Ansicht kommt in zwei Entscheidungen des Reichsgerichts zum Ausdruck [2]), die dahin erkennen, daß die Geschäftsbedingungen nur eine rein äußerliche Zusammenfassung von rechtlich nicht zusammenhängenden, für die Abwicklung der verschiedenartigsten Geschäfte gegebenen Vorschriften darstellen, die nur wirtschaftlich aus dem gemeinsamen Gesichtspunkt betrachtet werden könnten, daß ihre Beobachtung der Bank für alle einzelnen in ihrem Geschäftsbetrieb vorkommenden Geschäfte zweckmäßig erscheine.

Dagegen steht eine andere Meinung auf dem Standpunkt, daß hier nicht eine Vertragsmehrheit sondern eine Vertragseinheit vorliege [3]). In den Geschäftsbedingungen sind allerdings die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte aufgeführt, aber trotzdem handelt es sich nicht nur wirtschaftlich, sondern auch juristisch um ein einheitliches vertragliches Ganzes. Die Zusammenstellung der einzelnen Punkte der Geschäftsbedingungen ist zwar zunächst nur eine rechtlich bedeutungslose Aufzeichnung. Wenn aber die Zusammenstellung von der Bank zur Grundlage ihres Geschäftsverkehrs mit dem Kunden gemacht wird, wird sie zum Vertragsinhalt. Dann beziehen sich alle einzelnen Punkte der Geschäftsbedingungen wieder auf das eine einheitliche zwischen Bank und Geschäftsfreund bestehende Vertragsverhältnis. Es ist immer ein einheitlicher selbständiger Vertrag bis zum Beweise des Gegenteils zu vermuten, wenn die Erklärung des Kunden sich als rechtsgeschäftliche Willenserklärung darstellt [4]). Daß fast immer eine solche Willenserklärung vorliegt, ist bereits oben dargelegt worden. Auch ist es für das Zustandekommen eines einheitlichen Vertrages unerheblich, ob die einzelnen Rechtswirkungen, die durch den Vertrag entstehen sollen, unmittelbar oder mittelbar eintreten. So ist es doch bei einer Einigung über die Geschäftsbedingungen möglich, daß die Wirkungen betreffs der Kontokorrentkonten sofort eintreten, während die Bestimmungen über die Pfandhaftung sich erst später auswirken. Diese letzteren Bestimmungen und die über den Wertpapierhandel und die Wertpapierverwahrung sind

2) RG. in Bankarchiv Bd. 4 S. 156 u. 157 und S. 166 und 167.

3) Regelsberger in Bankarchiv Bd. 5 S. 169; Bernstein, ebd. Bd. 4 S. 166; Koch a.a.O. S. 11.

4) Bernstein ebd. 4 S. 169.

trotz der Einverständniserklärung des Kunden einseitige Erklärungen der Bank[5]). Sie stellen nur die Bedingung auf, daß bei künftigem Abschluß derartiger Geschäfte die Geschäftsbedingungen der Bank als Grundlage dienen, und ihr Inhalt zum Vertragsinhalt werden soll. Eine vertragsmäßige Gebundenheit liegt hier weder für den Kunden noch für die Bank vor. Das Anerkenntnis des Kunden bedeutet in diesem Falle nur, daß er von diesem Vorschlage der Bank Kenntnis genommen habe, und die Bank erklärt nur, daß sie unter diesen Voraussetzungen künftige Verträge abschließen werde. Ein Einigsein über diese Art von Geschäften liegt also nicht vor, wohl aber eine Einigung darüber, daß bei dem etwaigen Vorkommen solcher Verträge die vorliegenden Geschäftsbedingungen der Bank als grundlegend und richtungweisend angesehen werden sollen, falls nicht eine Abweichung von diesen Vorschriften durch die Parteien kundgegeben wird. Diese Abmachungen zerstören aber keineswegs die Einheit des Geschäftsbedingungsvertrages.

Voraussetzung für die Annahme einer Vertragseinheit ist nur, daß ein subjektiver und ein objektiver Zusammenhang zwischen den einzelnen Vertragspunkten vorliegt. Sind sich die beiden Parteien darüber einig, daß alle Vereinbarungen, die in den Geschäftsbedingungen getroffen werden, als zusammengehörig angesehen werden sollen, und daß sie das zwischen ihnen bestehende oder zu bildende Rechtsverhältnis regeln sollen, so liegt ein einheitlicher Vertrag vor. Dieses Einigsein ergibt sich aber aus der Zustimmung, wie bereits oben erörtert worden ist. Es stellen sich also die Geschäftsbedingungen als eine Vertragseinheit dar.

Zu erörtern wäre eventuell der rechtliche Charakter dieses Geschäftsbedingungsvertrages. Wenn man die Einigung über die Geschäftsbedingungen der Banken in das Vertragssystem des geltenden Rechts einreihen will, so dürfte sie als Vorvertrag[6]), und zwar als bedingter Vorvertrag, zu werten sein.

Allerdings enthält das BGB. keine Bestimmungen über den Vorvertrag. Aber da es auf dem Boden der Vertragsfreiheit steht, ist ein Vertragstypus wie der des pactum de contrahendo durchaus möglich und rechtlich zulässig. Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat dies dann auch verschiedentlich anerkannt[7]). Wenn man also die Möglichkeit und rechtliche Zulässigkeit eines Vorvertrages bejaht, so kann man auch die Eingliederung des Geschäftsbedingungsvertrages in diese Vertragskategorie als treffend erachten. Sinn und Zweck eines Vorvertrags ist doch, einen später abzuschließenden Hauptvertrag vor-

5) Regelsberger in B.A. Bd. 5 S. 170; Koch a.a.O. S. 17; vgl. ferner unten § 8.

6) Vgl. Koch a.a.O. S. 18 und Klausing a.a.O. S. 89; a. M. Woite, a.a.O. S. 18, der den Tarifvertrag des Arbeitsrechts zum Vergleich heranzieht; aber auch a.a.O. S. 36 ff. („Richtlinienverträge!").

7) RG. 66/120; 73/116; 78/387; 81/134; 86/33.

zubreiten, und das eben ist ja gerade die Aufgabe des Geschäftsbedingungsvertrages, denn er soll eine dauernde Geschäftsverbindung begründen, und sich in zahlreichen Einzelgeschäften, deren Zustandekommen ein persönliches Zusammenwirken erfordert, vollziehen[8]).

Allerdings ist dieser Vorvertrag noch in gewisser Hinsicht eingeengt. Denn wenn auch die Einigung über die Geschäftsbedingungen das Zustandekommen zukünftiger Einzelgeschäfte vorbereitet, so bindet er die Vertragsteile doch noch nicht; wenn auch in den meisten Fällen eine vertragliche Bindung zwischen Bank und Kunden durch einen gleichzeitig mit der Einigung über die Geschäftsbedingungen abgeschlossenen Vertrag vorliegen wird. Doch bei den oben genannten Bestimmungen der Geschäftsbedingungen besteht eine derartige bindende Kraft nicht. Hier verpflichtet nicht der Vorvertrag zum Abschluß eines bevorstehenden Hauptvertrages. In diesen Fällen gilt die vorvertragliche Einigung nur, soweit der Bankkunde beim Abschluß des Hauptgeschäfts nicht eine anderweitige Erklärung abgibt, die dann den Vorvertrag in dieser Hinsicht außer Kraft setzt. Aus diesem Grunde dürfte der Geschäftsbedingungsvertrag als bedingtes pactum de contrahendo zu erachten sein.

B. Besonderer Teil.

EIGENHÄNDLERKLAUSEL, PFANDKLAUSEL UND BANKENSTIMMRECHT.

Wenn in den vorstehenden Erörterungen die Geschäftsbedingungen der Großbanken als ein zusammenhängendes Ganzes betrachtet worden sind, so sollen jetzt aus der Vielheit der einzelnen Vereinbarungen drei Vertragspunkte herausgegriffen werden, die in ganz besonders hervorstechender Weise die Eigenart der Geschäftsbedingungen und ihre Wirkungen auf den Geschäftsverkehr mit der Kundschaft beleuchten. Es sind dies die Eigenhändlerklausel, die Pfandklausel und das Bankenstimmrecht bei Depotaktien.

I. Abschnitt:

Die Eigenhändlerklausel.

§ 6. Der Begriff der Eigenhändlerklausel.

Die sog. „Eigenhändlerklausel" ist eine Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Banken, nach der die Bank beim An- und Verkauf von Wertpapieren als Eigenhändler auftritt.

Es sind hier zwei verschiedene Arten von Eigenhändlerklauseln zu unterscheiden: eine allgemeine und eine besondere.

8) RG. 78/387.

Die allgemeine Eigenhändlerklausel hat ungefähr folgenden Wortlaut: „Gegenüber dem Auftraggeber tritt die Bank stets als Eigenhändler ein, auch wenn die Anzeige der Ausführung in einer Form geschieht, die den Abschluß mit Dritten vermuten läßt“ [1]).

Diese Klausel bezieht sich auf alle Effektenanschaffungs- und Abgebungsgeschäfte, die zwischen der betreffenden Bank und ihrem Kunden getätigt werden sollen. In allen Geschäften will die Bank als Eigenhändlerin auftreten.

Eine andere spezielle Form der Eigenhändlerklausel aber bezieht sich nur auf die sog. amtlich nicht notierten Werte. „Wertpapiere oder Zahlungsmittel, welche amtlich nicht notiert werden, liefert oder bezieht die Bank stets nur als Eigenhändlerin“ [2]). In diesem Falle will die Bank also nur in den Geschäften mit amtlich nicht notierten Werten eigenhändlerisch tätig werden.

Diese beiden Formen der Eigenhändlerklausel kommen in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Großbanken vor. Um ihre rechtliche Bedeutung und Wirkung prüfen zu können, muß zunächst der Ausdruck „Eigenhändler“ näher erläutert werden.

§ 7. Die drei Formen des Effektengeschäfts: Eigengeschäft, Kommissionsgeschäft, Selbsteintritt.

Wenn jemand mit einer Bank Effektengeschäfte abschließen will, die darauf gerichtet sind, Wertpapiere anzuschaffen oder abzugeben, so kann dies auf verschiedene Weise geschehen. Der Kunde kann seiner Bank entweder den Auftrag erteilen, für ihn die betreffenden Wertpapiere zu kaufen, bezw. zu verkaufen, oder er kann von der Bank direkt diese Papiere erwerben, bezw. er kann sie ihr überlassen. Im ersteren Falle, wo die Bank beauftragt wird, mit einem Dritten für ihren Auftraggeber, den Kunden, die Geschäfte abzuschließen, handelt sie als Kommissionärin i. S. des § 383 HGB. Dagegen ist sie im zweiten Falle Eigenhändlerin. Der Kunde hat sie hier nicht beauftragt, für ihn mit einem Dritten Geschäfte abzuschließen, sondern in diesem Falle schließt der Kunde mit der Bank direkt ab. Es handelt sich hier nicht, wie bei der Kommission, um ein dreiseitiges Rechtsverhältnis, sondern es liegt in diesem Falle nur ein Kaufvertrag zwischen zwei Personen vor, kraft dessen der Verkäufer verpflichtet ist, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen, und der Käufer dem Verkäufer den Kaufpreis zahlen muß. Diese beiden Möglich-

1) Ruth a.a.O. S. 17; vgl. auch Käferlein a.a.O. S. 88.

2) Allgemeine Geschäftsbedingungen der Dresdner Bank, Ausgabe Dezember 1931; ähnlich auch Deutsche Bank und Discontogesellschaft, Commerz- und Privatbank und Berliner Handelsgesellschaft.

keiten stehen also gewöhnlich demjenigen offen, der Effektengeschäfte abzuschließen wünscht. Er kan wählen zwischen Kommissionsgeschäft und Kaufvertrag.

In den meisten Fällen aber werden die Bankkunden mit den Gebräuchen und Gepflogenheiten des Handelsverkehr nicht vertraut sein. Wenn sie daher am Schalter der Effektenabteilung ihrer Bank den Wunsch äußern, Wertpapiere anzuschaffen oder zu veräußern, so werden sie sich in diesem Augenblick kaum darüber klar sein, ob sie ihrer Bank einen Kommissionsauftrag erteilen oder ob sie mit ihr einen Kaufvertrag abschließen. Es wird für den Kunden meistens gleichgültig sein, aus welcher Quelle er seine gewünschten Papiere erhält, ob die Bank sie ihren eigenen, in der Stahlkammer ruhenden Beständen entnimmt, oder ob sie dieselben erst von einem Dritten an der Börse kauft. Ausschlaggebend für den Kunden ist, daß er die bestellten Papiere überhaupt und zu einem angemessenen Preise erhält. Er wird deshalb nicht so sehr auf die juristische Form seines Ausdrucks als auf den wirtschaftlichen Endzweck seines Geschäfts bedacht sein. Um nun aber doch die Rechtsform der zwischen Bank und Kunden abgeschlossenen Geschäfte feststellen zu können, hat man zur Auslegung des Willens der beiden Kontrahenten den Inhalt ihrer Vereinbarung herangezogen, welcher den aus dem Geschäft entspringenden Vorteil regeln soll [1]). Ist ein fester Preis von den Parteien vereinbart worden, so dürfte ein Kauf vorliegen. Wenn dagegen der Bank von dem Kunden eine Provision, d. h. ein fester Prozentsatz vom Wert des Geschäfts, zugesagt worden ist, so ist ein Kommissionsgeschäft anzunehmen.

Aber auch aus der Sachkunde der Parteien kann man einen Schluß auf die Art des Geschäfts ziehen, das getätigt werden soll. Ebenso können Handelsbräuche bei der Beurteilung der Geschäftsform maßgebend sein. Dies trifft selbst dann zu, wenn äußerlich die Form des Abschlusses auf ein bestimmtes Geschäft hinweist. Kann man der Person eine solche Sachkenntnis zutrauen oder ist bei diesen Effektenwerten nur eine bestimmte Geschäftsform handelsüblich, so ist trotz der äußerlich anders lautenden Geschäftsform das bei diesen Papieren übliche Rechtsgeschäft zu vermuten [2]). Will man von diesen Besonderheiten der beiden Geschäfte absehen, so ist aus der Vertrauensstellung, welche die Bank dem Kunden gegenüber dadurch einnimmt, daß er sie mit der Anschaffung bezw. Veräußerung von Effekten betraut, durchweg auf ein Kommissionsgeschäft zu schließen. Wenn der Kunde die Bank zur Abwicklung seiner Effektengeschäfte heranzieht, so betraut er sie damit mit der

1) Makower a.a.O. § 383 Anm. 6.
2) Schmidt-Rimpler in Ehrenbergs Handb.: Kommission und Eigengeschäft S. 513.

Wahrung seiner Interessen. Diese Interessenwahrung aber kann die Bank nur als Beauftragter im Rahmen des Kommissionsgeschäfts ausüben [3]). Nur dann liegt ein Kaufvertrag vor, wenn der Wille der beiden Parteien erkennbar auf ein solches Rechtsgeschäft gerichtet war. Es bedarf daher immer der Darlegung besonderer Umstände, wenn das Geschäft im einzelnen Falle als Kauf aufgefaßt werden soll [4]). Im Zweifel ist also immer ein Kommissionsgeschäft anzunehmen.

Eine dritte Form des Effektengeschäfts ist der Selbsteintritt des Kommissionärs. Der Selbsteintritt, der in §§ 400 ff. HGB. gesetzlich geregelt ist, dürfte heute nach herrschender Ansicht eine eigentümliche Art der Ausführung der Kommission sein. Aeußerlich tritt die Bank als Käufer oder Verkäufer dem Kunden gegenüber auf, indem sie ihre Bestände vermehrt oder verringert. Aber dem Kunden gegenüber bleibt sie Kommissionär mit allen Rechten und Pflichten desselben [5]). Eine gewisse Erleichterung tritt für sie allerdings ein. Bei Ausübung der Rechenschaftspflicht braucht sie nur darzulegen, daß sie den bei Ausführung des Geschäfts notierten Börsenpreis berechnet hat. Voraussetzung für den Selbsteintritt ist also nach § 400 HGB. das Vorliegen eines Kommissionsauftrags in Wertpapieren, bei denen ein Börsen- oder Marktpreis amtlich festgestellt wird. Aber auch hier hat man in der Praxis des Börsenverkehrs Ausnahmen geschaffen, die vom Reichsgericht als zulässig anerkannt sind. So ist z. B. auch die vertragliche Vereinbarung des Selbsteintritts bei amtlich nicht notierten Wertpapieren zulässig [6]). Will der Kommissionär sein Selbsteintrittsrecht ausüben, so muß er dies durch ausdrückliche Erklärung kund tun. Geschieht dieses nicht, so gilt das Geschäft als mit einem Dritten für Rechnung des Komittenten abgeschlossen (§ 405 I). Wenn hier eine ausdrückliche Erklärung des Selbsteintritts verlangt wird, so soll damit gesagt werden, daß die Absicht des selbsteintretenden Kommissionärs besonders kund gegeben sein muß und nicht lediglich aus den Umständen schließbar war. Es darf nicht etwa eine stillschweigende Willenserklärung aus einem Handelsbrauch oder aus einer schlüssigen Handlung hergeleitet werden, sondern das Erfordernis der Ausdrücklichkeit ist dahin aufzufassen, das deutlich durch Worte ausgedrückt sein muß, wenn der Kommissionär von dem Rechte des Selbsteintritts Gebrauch machen will [7]).

---

3) Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 511. Ferner Nußbaum, Komm. zum Börsengesetz S. 371; Seuff.Arch. 81/52, Gierke, Kommission und Kommissionsgeschäfte im Handwörterb. d. Rechtswiss. S. 635.

4) RG. 22. 2. 99 in RGZ. 43/108; OLG. Karlsruhe vom 19. 5. 86 in Goldschmidts Ztschr. 36/265.

5) OLG. Hamburg in BA. 14/87.

6) RGZ. 80/102.

7) RG. 72/59; RG. 63/30; Staub-Koenige § 405 Anm. 5.

§ 8. Die Eigenhändlerklausel im Rahmen der Effektengeschäfte.

Nachdem die verschiedenen Formen erörtert sind, in denen sich die Effektengeschäfte abwickeln können, sind jetzt die Möglichkeiten zu untersuchen, die sich durch die Anwendung der sogenannten Eigenhändlerklausel im Rahmen dieser Effektengeschäfte ergeben.

Wie oben ausgeführt worden ist, stellen die allgemeinen Geschäftsbedingungen der Großbanken, über die eine Einigung zwischen Bank und Kunden in irgendeiner Form erfolgt ist, einen einheitlichen Vertrag dar. Diesem Vertrage hat sich also der Kunde unterworfen. Er muß also auch mit den einzelnen in ihm enthaltenen Vereinbarungen einverstanden sein. Aber hier liegt trotz des allgemeinen Anerkenntnisses der Geschäftsbedingungen kein Einverständnis für diesen Einzelfall vor. Wenn der Kunde auch durch irgendwelche Zustimmung die Absicht geäußert hat, sich den Geschäftsbedingungen der Bank zu unterwerfen, die das zwischen beiden bestehende einheitliche Rechtsverhältnis regeln sollen, so bleiben doch die Bestimmungen über die Annahme und Ausführung von Aufträgen zum Kauf und Verkauf von Wertpapieren einseitige Erklärungen der Bank [1]). Daraus ergibt sich, daß keine Partei an den Vertrag gebunden ist. Das Anerkenntnis des Kunden bedeutet in diesem Falle nur, daß er von diesem Vorschlag der Bank Kenntnis genommen habe, und die Bank erklärt nur, daß sie unter diesen Vorraussetzungen künftige Verträge abschließen werde. Wenn also später irgendwelche Wertpapiergeschäfte getätigt werden, so dienen die Geschäftsbedingungen als Grundlagen und ihr Inhalt wird Vertragsinhalt [2]).

Wenn nun die Geschäftsbedingungen der Banken die allgemeine Eigenhändlerklausel enthalten, so soll diese als Grundlage zukünftiger Effektengeschäfte ausgelegt werden. Die Bank teilt durch die Klausel allen ihren gegenwärtigen und zukünftigen Kunden generell mit, daß sie die Effektengeschäfte mit ihren Kunden nur als Eigenhändlerin ausführen werde. Der Kunde nimmt durch seine Zustimmung zu den Geschäftsbedingungen von dieser Mitteilung der Bank Kenntnis. Mehr aber hat dieser Vertragspunkt nicht zu bedeuten. Praktische Bedeutung gewinnt die Eigenhändlerklausel erst in dem Augenblick, wo ein Effektengeschäft abgeschlossen werden soll. Hier können die Geschäftsbedingungen in Wirksamkeit treten. Will ein Kunde von seiner Bank Papiere beziehen, so kann jetzt die Bank auf Grund ihrer Geschäftsbedingungen als Eigenhändlerin auftreten. Der Kunde hat ja bereits von den einzelnen Vereinbarungen in den Geschäftsbedingungen seiner Bank Kenntnis genommen. Er weiß, daß die Bank grundsätzlich als Eigenhänd-

1) Regelsberger in B.A. Bd. 5 S. 170.
2) RGZ. 58/182; ferner RG. in JW. 14/158; Neufeld-Schwarz § 346 Anm. 23.

lerin auftreten will, und daß also jedes Effektengeschäft in dieser Form abgeschlossen werden soll. Aber der Kunde kann in diesem Falle die allgemeinen Geschäftsbedingungen seiner Bank gewissermaßen dadurch außer Kraft setzen, daß er bei Abschluß eines Geschäfts ausdrücklich darauf hinweist, daß er die Bank nicht als Eigenhändlerin, sondern als Kommissionärin ansehe, daß er nicht mit ihr einen Kaufvertrag abschließen wolle, sondern ihr einen Kommissionsauftrag erteilen wolle. Dann bewirken nicht die Geschäftsbedingungen, daß der Antrag des Kunden als Kaufvertrag ausgelegt wird, sondern die Geschäftsbedingungen werden sogar insoweit abgeändert[3]). Nußbaum[4]) geht soweit, eine derartig allgemein gehaltene Klausel, die von dem Kunden in ihrer rechtlichen Bedeutung kaum je verstanden werde, als wirkungslos zu erklären.

Einen ähnlichen Standpunkt vertritt Ruthe[5]). Nach seiner Ansicht liegt in der allgemeinen Eigenhändlerklausel sogar ein Verstoß gegen die gutenSitten „weil sie praktisch doch nur auf eine, wenn auch nach dem Buchstaben des Gesetzes möglichst einwandfreie Uebervorteilung des Kunden hinausgehe". Die auf Grund der Klausel abgeschlossenen Geschäfte seien wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nach § 138 BGB. nichtig. Zum mindesten seien sie aber wegen Irrtums oder arglistiger Täuschung anfechtbar, wenn der Bankkunde sicht über die rechtliche Tragweite der Eigenhändlerklausel in Unkenntnis befunden habe.

Eine derartige Ansicht ist abzulehnen. Es ist nicht einzusehen, weshalb Effektengeschäfte, die auf der Eigenhändlerklausel beruhen, nach § 138 BGB. nichtig sein sollen, denn weder der Inhalt noch der Zweck der Klausel verstoßen gegen das Anstandsgefühl aller Gerecht- und Billigdenkenden. Es steht vielmehr fest, wie bereits oben erwähnt worden ist, daß die Klausel lediglich dazu dienen soll, die Kundschaft auf den Handelsbrauch hinzuweisen, wie er in den Effektengeschäften der Bank üblich ist. Keineswegs ist der Kunde dadurch verpflichtet, seine Abschlüsse mit der Bank auf dieser Basis auszuführen. Es bleibt ihm immer unbenommen, der Bank gegenüber zu erklären, daß er nicht auf Grund der Klausel, sondern im Rahmen eines Kommissionsauftrages mit der Bank kontrahieren wolle.

Wenn schließlich Ruthe den Banken noch eine Uebervorteilung der Kundschaft vermittels der Eigenhändlerklausel vorwirft, so ist dies unzutreffend. Es mag wohl Bankgeschäfte geben, die mit Hilfe solcher Geschäftsbedingungsklauseln in nicht einwandfreier Weise gegenüber ihren unkundigen Geschäftsfreunden auftreten. Aber solche Bankinstitute sind nicht ausschlaggebend. Es ist vielmehr in der Praxis durchaus üblich,

3) Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 514; Breit in B. A. V. S. 269 ff.
4) Nußbaum, Börsengeschäfte S. 592.
5) Ruthe a.a.O. S. 23 ff. und S. 58.

daß die Kunden auf die Bedeutung und den Inhalt der Geschäftsbedingungen von den Banken hingewiesen werden, sodaß von einer Unkenntnis über deren rechtliche Tragweite oder gar einer Uebervorteilung keine Rede sein kann.

Allerdings nimmt man heute durchweg in Rechtsprechung und Schrifttum an, daß in der allgemeinen Eigenhändlerklausel keine eigentliche Eigenhändlerklausel, sondern eine Selbsteintrittsklausel zu erblicken ist[6]). Wenn also der Kunde mit seiner Bank ein Effektengeschäft abschließt, das in der Erteilung eines Kommissionsauftrages besteht, so ist die Bank nicht berechtigt, den Auftrag wie eine Offerte zu einem Eigengeschäft zu behandeln, sondern sie kann nur das Kommissionsgeschäft durch Selbsteintritt ausüben. Voraussetzung ist natürlich das Vorliegen der gesetzlichen Erfordernisse für die Selbsteintrittsmöglichkeit.

Etwas anders als bei der sog. allgemeinen Eigenhändlerklausel liegt der Fall nun bei der eigentlichen oder besonderen Eigenhändlerklausel. Während bei der allgemeinen Eigenhändlerklausel die Bank immer und bei allen Geschäften als Eigenhändlerin auftreten will, stellt diese besondere Eigenhändlerklausel eine Bestimmung in den Geschäftsbedingungen der Großbanken dar, welche die Bank nur bei amtlich nicht notierten Werten als Eigenhändlerin auftreten läßt. „Wertpapiere oder Zahlungsmittel, welche amtlich nicht notiert werden, liefert oder bezieht die Bank stets nur als Eigenhändlerin" [7]).

Voraussetzung zur Anwendung dieser besonderen Eigenhändlerklauesl ist also immer das Vorliegen eines Effektengeschäfts in amtlich nicht notierten Werten. Aber man muß auch in diesen Fällen auf alle die Einzelheiten achten, die bei der allgemeinen Eigenhändlerklausel zu anderen als von den Banken gewollten Auslegungen führen können. Hat sich der Kunde der Bank gegenüber mit ihren allgemeinen Geschäftsbedingungen einverstanden erklärt, so hat er dadurch von der Erklärung der Bank Kenntnis genommen, daß sie in Zukunft bei derartigen Geschäften als Eigenhändlerin auftreten wolle. Wird also vom Kunden mit der Bank ein Effektengeschäft in amtlich nicht notierten Werten abgeschlossen, so erklärt sich der Kunde im Augenblick des Abschlusses zu der Annahme dieses Vorschlages bereit und der Vertrag kommt als Eigengeschäft zustande. An-

6) RGZ. 94/65; 114/9 ff.; ferner B.A. 26/304 und 458; OLG. Köln vom 28. 3. 13 in Rechtsprechung 28/384; OLG. Hamburg vom 7. 7. 14 in B.A. 14/87; OLG. Dresden vom 12. 1. 09 in Sächs. Ann. 31/240; Neufeld-Schwarz § 383 Anm. 8 HGB.; Staub § 383 Anm. 9; Düringer-Hachenburg Anm. 21; Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 514; Nußbaum, Börsengesetz S. 371; Börsengeschäfte S. 592; Holdheims Monatsschrift 19/161; Gierke, Kommissionär, Kommissionsgeschäft usw. S. 635, 640; Breit, Börsenges. S. 377 Anm. 44 (Zentralverbandskomm.); Kommissions- und Propergeschäft in B.A. Bd. 5 S. 271 und LZ. 07, 870. A. A. Berliner Aeltesten, Holdh. Monatsschr. 20/162; auch KG. in B.A. 11/89, die die Gültigkeit der Eigenhändlerklausel i. S. der Schaffung eines Kaufvertrages anerkennen.

7) Allgem. Geschäftsbedingungen d. Dresdner Bank Ziff. 3.

ders aber ist es auch hier, wenn er erklärt, daß er nicht auf Grund dieser Bestimmung in den Geschäftsbedingungen kontrahieren wolle, sondern daß er das Effektengeschäft ausdrücklich als Kommissionsgeschäft gewertet wissen wolle. Tut er dies, so nutzen alle Bestimmungen in den Geschäftsbedingungen nichts. Es ist dann eben über diesen Punkt keine Vereinbarung zwischen den Vertragsparteien erfolgt und die Geschäftsbedingungen haben in dieser Hinsicht keine Wirkung. Aber auch nicht einmal die ausdrückliche Erklärung des Kunden betreffs Ablehnung dieser Bestimmungen ist erforderlich. Es genügt, wenn aus seinem Willen oder aus seiner Sachkenntnis zu schließen ist, daß er nicht die Absicht hatte, mit der Bank ein Eigengeschäft, sondern ein Kommissionsgeschäft zu schließen, um diese Bestimmung der Geschäftsbedingungen ihm gegenüber außer Kraft zu setzen [8]).

Man sieht hieraus, daß auch die Eigenhändlerklausel, die sich auf den Handel in amtlich nicht notierten Werten erstreckt, durchaus nicht zum Vertragsteil der auf Grund der Geschäftsbedingungen der Bank geschlossenen Effektengeschäfte werden braucht. Tatsächlich aber ist ihre Bedeutung in der Praxis des Börsenhandels ziemlich ausschlaggebend [9]). Durch jahrelange Uebung hat sich in den Kreisen der Effektenhändler der Brauch herausgebildet, Geschäfte in diesen amtlich nicht notierten Werten nur im Eigenhandel auszuführen. Diese Uebung hat ihren Niederschlag in § 29 der „Usancen für den Handel in amtlich nicht notierten Werten" gefunden, die durch die ständige Kommission des Zentralverbandes des Deutschen Bank- und Bankiergewerbes e. V. für Angelegenheiten des Handels in amtlich nicht notierten Werten am 11. Mai 1912 festgestellt wurden: „Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten sind bei erfolgter Nettoangabe im Zweifel als Eigengeschäfte und nicht als Kommissionsgeschäfte anzusehen, sofern nicht der andere Teil seinen abweichenden Willen nach Empfang der Aufgabe unverzüglich zum Ausdruck gebracht hat" [10]).

Der Inhalt dieses § 29 ist in mehr oder weniger ähnlicher Fassung in den Geschäftsbedingungen aller Großbanken aufgenommen worden. Die Erledigung der Geschäfte in amtlich nicht notierten Werten durch Eigenhandel war ja schon lange Handelsbrauch, und es bedeutete die Aufnahme in den „Usancen" wie in den Geschäftsbedingungen nur noch einmal ein Hinweisen auf diese Uebung im Handelsverkehr. Erklärte sich der Kunde nicht mit dieser Art der Erledigung seiner Geschäfte ein-

---

8) Schmidt-Rimpler a.a.O. S. 514; Nußbaum, Börsenges. S. 371; Breit in Zentr.Verb.Komm. S. 336 Anm. 42; ders. in B.A. Bd. 5 S. 269 ff.

9) Nußbaum, Börsenges. S. 371; Schmidt-Rimpler, Kommissionsgeschäft S. 1002; Seuff.Arch. 81/ 52; „Usancen", B.A. 12/99; Gierke, Kommissionär usw. S. 635; Bernstein in Festausg. f. Riesser S. 378.

10) B.A. Bd. 12 S. 99.

verstanden, so brauchte er nur seinen entgegenstehenden Willen zum Ausdruck zu bringen.

Da nun diese Eigenhändlerklausel eine derartig weitgehende juristische und wirtschaftliche Bedeutung gewonnen hat, so sollen auch die Gründe gesucht werden, die zur Entstehung der Klausel führten. Diese Gründe liegen in der Eigenart des Handels in amtlich nicht notierten Werten und sie können sowohl aus den Kreisen der Banken wie der Kunden geltend gemacht werden. Die Klausel dient der Sicherstellung beider Parteien.

Wie oben dargelegt ist, wird der Kunde, der ein Effektengeschäft abschließen will, im allgemeinen seiner Bank einen Kommissionsauftrag erteilen. Dadurch wird die Bank verpflichtet, dem Wunsche des Kunden gemäß das Effektengeschäft zu erledigen. Hierbei ist es einerlei, ob sie mit einem Dritten oder mit sich selbst durch Selbsteintritt abschließt. Wesentlch ist allein, daß die Bank bei dem Abschluß das Interesse des Kommittenten wahrt, denn hierin liegt der ganze Sinn des Kommissionsgeschäfts. Die Bank als Kommissionärin soll die Sachwalterin ihres Kunden sein, und sie soll die Geschäfte nur so zum Abschluß bringen, wie es ihr gemäß ihrer Sachkunde und ihren weitreichenden Geschäftsbeziehungen am besten möglich ist. Damit nun der Kunde auch eine gewisse Kontrolle über die Arbeit seiner Bank hat, ist die Bank wie jeder andere Kommissionär nach § 384 HGB. verpflichtet, ihrem Kunden Rechenschaft abzulegen. Erhält der Kunde die Effektenabrechnung seiner Bank zugesandt, so kann er an Hand des Kurszettels feststellen, ob die Bank sein Interesse genügend gewahrt hat und den von ihm vorgeschriebenen Kurs, ganz gleich, ob limi tiert oder bestens, innegehalten hat. So liegt wenigstens der Tatbestand bei denjenigen Effekten, bei denen eine amtliche Kursfeststellung erfolgt.

Anders aber verhält es sich bei den amtlich nicht notierten Werten. Hier ist für den Kunden eine Kontrolle der Effektenabrechnung durch den Kurszettel nicht möglich. Der Kunde muß sich also von vornherein darauf verlassen, daß die Bank ihm die Werte so verschafft, wie es für ihn am preiswertesten ist. Will man auch hier bei den amtlich nicht notierten Werten ein Kommissionsgeschäft vermuten, so bereitet einerseits die Ausübung der Rechenschaftspflicht für die Bank gegenüber ihrem Kunden und andererseits die Nachprüfung der Rechenschaftsablage der Bank durch den Kunden außerordentliche Schwierigkeiten, da es doch an einer amtlichen Feststellung des Kurses fehlt[11]). Unterhält jemand mit einem unredlichen Bankunternehmen eine Geschäftsverbindung, so ist es leicht möglich, daß er über den Kurs der angeschafften Effekten getäuscht wird, und er infolgedessen einen Preis bezahlen muß, den er in Wirklichkeit nicht

11) Bernstein in B.A. Bd. 14 S. 311.

hätte entrichten brauchen. Eine Kontrolle dieser Abrechnung ist wegen mangelnder amtlicher Kursnotiz nicht möglich.

Ebenso ist auch das Selbsteintrittsrecht hier unbrauchbar. Das gesetzliche Selbsteintrittsrecht bezieht sich ja nur auf Wertpapiere mit amtlicher Kursnotiz. Aber auch das in der Praxis des Börsenverkehrs geschaffene vertragliche Selbsteintrittsrecht[12]) scheitert hier an denselben Klippen der Rechenschaftslegung, wie das Kommissionsgeschäft. Da eben kein amtlicher Börsenkurs für diese Papiere besteht, kann auch keine zuverlässige Abrechnung gemäß § 400 Abs. 2 HGB. erfolgen. Eine solche wäre nur gemäß § 384 Abs. 2 bei Abschluß mit Dritten möglich. Aus diesem Grunde soll auch der Kunde nicht in den Glauben gewiegt werden, daß der Wertpapierhandel mit seiner Bank ein Kommissionsgeschäft sein könne, sondern er soll klar erkennen, daß die amtlich nicht notierten Werte ihm von seiner Bank nur im Eigenhandel geliefert werden. Auf diese Weise tritt er der Bank nicht als Auftraggeber gegenüber, sondern als Kontrahent im Kaufvertrag. Der Kunde kann also so mit seiner Bank einen festen Preis vereinbaren, für den sie ihm die gewünschten Papiere liefert.

Erst recht dient die Eigenhändlerklausel bei amtlich nicht notierten Werten natürlich den Banken, denn sonst würde sie in ihren Geschäftsbedingungen keine Aufnahme gefunden haben. Die Banken dürften in erster Linie deshalb als Eigenhändler auftreten, um der Rechenschaftslegung bei dem Handel in diesen Werten zu entgehen. Es steht fest, daß die Geschäfte in amtlich nicht notierten Papieren den Effektenhändlern mehr Mühe verursachen und größere Unkosten mit sich bringen, als die Geschäfte mit Papieren, für die eine amtliche Kursnotiz besteht[13]). Währen die Bank bei Geschäften in amtlich notierten Werten immer nur mit denselben gleichbleibenden regelmäßigen Unkosten zu rechnen hat, kann sie dies bei Geschäften in unnotierten Werten nicht tun. Hier erhöhen sich nicht nur die Unkosten für die Bank, weil sie die betreffenden Geschäfte nicht an der Börse, sondern nur durch umständliches Nachfragen bei anderen Geschäftsfreunden oder Banken tätigen kann, sondern die Unkosten sind vor allem auch ungleichmäßiger.

Wenn Ruthe[14]) von den Banken verlangt, daß sie erst recht und in verstärktem Maße bei dem Handel mit nichtnotierten Werten in der Stellung des Kommissionärs verbleiben müssen, da die Vertrauensstellung sich infolge der fehlenden Kurskontrolle erhöhe, so ist nicht einzusehen, weshalb hier den Banken eine Verpflichtung auferlegt werden soll, die ihnen nach Art und Umfang des Geschäfts nicht zugemutet werden kann Es ist doch vor allen Dingen zu bedenken, daß mit der Uebernahme

12) RGZ. 80/102; OLG. Hamburg in B. A. 14/87.
13) Vgl. Bernstein in Festausg. für Riesser S. 410.
14) Ruthe a.a.O. S. 35.

eines Kommissionsauftrages von der Bank auch eine Verpflichtung zur Geschäftsbesorgung übernommen wird, bei welcher die Bank für die Ausführung des erteilten Auftrages unter Wahrnehmung aller vorhandenen Möglichkeiten verantwortlich ist. Eine solche Verpflichtung, auch wenn diese naturgemäß nicht ein Versprechen bedeuten kann, daß das Geschäft mit dem Dritten zustande kommt, kann doch schon durch die Verpflichtung zu jeder Sorgfalt in der Bemühung die Bank sehr stark belasten und sie deshalb vorsichtig machen, einen Auftrag zur Anschaffung bezw. Veräußerung von amtlich nicht notierten Werten zu übernehmen, weil sie gar nicht weiß, ob sie in der Lage sein wird, den erteilten Auftrag des Kunden auszuführen. Vielmehr würde eine derartige Gebundenheit nur zu Differenzen und Prozessen zwischen Bank und Kunden Anlaß geben. Verlangt man von der Bank eine mit solcher Verantwortung und Mühewaltung verbundene Tätigkeit, so wird man ihr dafür eine erheblich höhere Provision zubilligen müssen, als sie sonst im allgemeinen bei Kommissionsgeschäften berechnet wird[15]). Den Abschluß eines derartig verteuerten Kommissionsgeschäftes wird aber der Kunde eher ablehnen, als den eines von der Bank vorgeschlagenen Eigengeschäftes. Hier weiß der Kunde ganz genau, daß die Bank nur als Eigenhändlerin zu einem festen Preise abschließt, sodaß Irrtümer über den Wert und die Höhe des Geschäftes nicht entstehen können. Für die große Mühewaltung aber, welche die Bank beim Handel mit nichtnotierten Werten hat, muß ihr von der Kundschaft auch ein Vorteil zuerkannt werden[16]). Dieser Vorteil dürfte sich in den meisten Fällen als ein höherer Gewinn darstellen, von dem die Kundschaft infolge der mangelnden Rechnungslegungspflicht nichts gewahr wird.

§ 9. Die Wirkung der Eigenhändlerklausel.

Es soll zunächst die Wirkung der Klausel auf das Verhältnis zwischen Bank und Kunden festgestellt werden. Liegt trotz der Eigenhändlerklausel ein Kommissionsgeschäft vor, was sein kann, wie oben verschiedentlich erörtert wurde, so ist die Bank selbstverständlich Kommissionär und haftet ihrem Kunden als dem Kommittenten aus dem bestehenden Auftragsverhältnis (§ 384 HGB.). Die Bank wird dann in keiner Weise von den Verpflichtungen frei, die ihr nach dem Gesetz obliegen[1]). Sie ist Kommissionärin trotz scheinbaren Eigengeschäfts.

15) Bernstein B.A. 14 S. 311 ff.

16) Nußbaum, Börsenges. S. 371; Holdh. Mon.Schr. 1910 Nr. 7; LZ. Nr. 7 S. 498; Bernstein, B.A. 14/311; ferner in Festausg. f. Riesser S. 403; Schmidt-Rimpler a.a.O. in Ehrenbergs Handbuch S. 513 Anm. 17.

1) Nußbaum, Börsengesetz S. 371; Breit, Kommissionsgesch. u. Propergeschäft B.A. Bd. 5 S. 272.

Fraglich kann nur sein, wie weit die Pflichten des Kommissionärs die Bank bei einem Geschäft treffen, das sie tatsächlich als Eigenhändlerin abschließt. Bei diesem Eigengeschäft stehen sich doch Bank und Kunde als gleiche Vertragsgegner gegenüber. Wie alle anderen vertragsschließenden Parteien aber sind sie dabei nur dem Gesetz und den guten Sitten unterworfen. Aber man hat in diesem Falle doch nicht die volle Gleichheit der Kontrahenten anerkannt. Sachkunde und Erfahrung im Effektenhandel werden der Bank meistens dem Kunden gegenüber eine überlegene Stellung geben. Diese Ueberlegenheit des Fachmannes gegenüber dem Laien legt der Bank Verpflichtungen auf. Mit dem Kaufgeschäft ist die Leistung von Diensten verbunden [2]). An den Eigenhändler werden hinsichtlich seiner Pflicht zur sorgfältigen Beratung des Kunden dieselben Anforderungen gestellt wie an den Kommissionär. Erteilt die Bank ihrem Kunden für den Effektenkauf Ratschläge, so ist sie verpflichtet, diese Dienste mit der Sorgfalt eines ordentlichen Kaufmannes zu leisten [3]). Das OLG. Hamburg [4]) stellt ausdrücklich fest, daß der Effektenhändler trotz Eigenhändlerklausel der Beauftragte seines Kunden bleibe und sich von den Pflichten des Kommissionärs, insbesondere von der ihm obliegenden Treupflicht, nicht befreien könne. Die Bank ist also immer, ob sie als Eigenhändlerin oder Kommissionärin auftritt, bei den Geschäften mit ihrer Kundschaft gleichmäßig verpflichtet.

Dieser selbe Schluß führt Breit zur Annahme eines besonderen einheitlichen Effektenbezugs- und Effektenveräußerungsvertrags. Dieser Vertrag soll alle Geschäfte umfassen, die zwischen Bank und Kundschaft abgeschlossen werden, und die auf den Bezug und die Veräußerung von Effekten gerichtet sind. Ob das einzelne Effektengeschäft äußerlich als Kommissionsgeschäft oder als Eigengeschäft erscheint und ob der Kunde erklärt, er wolle die Papiere von der Bank kaufen, oder ob er sie beauftragt, die Papiere für ihn zu kaufen, ist dabei gleichgültig. Breit nennt diesen contractus sui generis den Effektenvertrag. „Er ist ein der Rechtsform des Kaufvertrages eng verwandter, aber die Verpflichtung durch einen Kontrahenten zur Mandatstreue gegenüber dem anderen Kontrahenten auslösender Vertragstypus besonderer Art" [5]).

Ob man sich der Meinung Breits anschließen und den Effektenvertrag anerkennen will oder nicht, fest steht jedenfalls, daß die Bank ihren Kunden aus dem zwischen ihnen bestehenden Vertrauensverhältnis verpflichtet ist.

---

2) RG. vom 24. 9. 98 in RGZ. 42/125; 27. 2. 03 in JW. S. 151, ferner B.A. Bd. 11 S. 90; Nußbaum, Börsengesetz S. 372.
3) RG. vom 7. 4. 08 in B.A. 7/331; vom 21. 1. 10 B.A. 9/173.
4) B.A. 14 S. 87.
5) Breit in LZ. 1907 S. 867 ff.

Es ist jetzt noch zu prüfen, wie sich die Eigenhändlerklausel bei dem Uebergang des Eigentums an den Papieren auf den Kunden auswirkt.

Nach § 7 des Gesetzes betreffend die Pflichten der Kaufleute bei Aufbewahrung fremder Wertpapiere (Depotgesetz) geht bei den im Kommissionsgeschäft angeschafften Wertpapieren mit der Absendung des Stückeverzeichnisses das Eigentum an den darin verzeichneten Papieren auf den Komittenten über, soweit der Kommissionär über die Papiere zu verfügen berechtigt ist. Allerdings braucht der Kommissionär nur dann dieses Stückeverzeichnis zu übersenden, wenn der Kommittent es verlangt (§ 3). Doch kann sich auch hiervon der Kommissionär befreien, wenn er die Stücke dem Kunden entweder effektiv liefert oder ihm den Herausgabeanspruch gegen eine zur Verwahrung der Stücke bestimmte dritte Stelle abtritt (§ 3 Abs. 2). Schließlich ist auch eine Eigentumsübertragung durch Besitzkonstitut nach § 930 BGB. möglich (§ 7 Abs. 1 Satz 2). Früher war der Kommissionär zur Uebersendung dieses Verzeichnisses verpflichtet und nur ein schriftlicher und für den einzelnen Fall erklärter Verzicht des Kommittenten konnte den Kommissionär davon befreien. In der Inflationszeit hat die Novelle zum Depotgesetz vom 21. 11. 1923 dem Kommittenten diesen Schutz genommen. Erhielt er sonst ohne weiteres das Recht auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses, so ist jetzt der Kommissionär erst auf ausdrückliches Ersuchen des Kommittenten dazu verpflichtet. Das durch die Verordnung neu geschaffene Konkursprivileg des § 7 a will dem Kommittenten eine weitere Sicherung verschaffen für den Fall, daß er noch nicht durch Besitzkonstitut oder Nummernverzeichnis Eigentum an den für ihn angeschafften Wertpapieren erlangt hat.

Anders sieht es jedoch beim Eigengeschäft aus. Der Bankkunde, der auf Grund der Eigenhändlerklausel mit seiner Bank Effektengeschäfte schließt, kann nicht verlangen, daß ihm ein Stückeverzeichnis übersandt werde. Jedenfalls steht ihm ein solches auf Grund des Depotgesetzes nicht zu, denn dieses bezieht sich nach seinem Wortlaut nur auf das Kommissionsgeschäft und nicht auf den Eigenhandel. Dadurch besteht für den Bankkunden die Gefahr einer Verschleppung des Eigentumsübergangs. Deshalb wird auch die Meinung vertreten, daß man dem Käufer im Eigenhandel ebenfalls die Nummernaufgabe zubilligen müsse [6]). Er erhebt ebenso wie der Kommittent den Anspruch auf Eigentum und Besitz an den Papieren. Selbstverständlich kann er beides durch Aushändigung von der Bank erlangen. Ueberläßt der Kunde aber die Papiere der Bank zur Verwahrung, so werden sie ihm häufig, statt der Uebereignung nach § 930 BGB., nur auf Stückekonto gutgeschrieben. Dann

6) Nußbaum in LZ. 1911 Sp. 898; ferner Riesser in B.A. 22 S. 182; Seuffert Arch. 81/53.

liegt also ein depositium irregulare vor. Die Bank bleibt Eigentümerin der Papiere, während der Kunde nur einen obligatorischen Anspruch gegen die Bank hat. Dies ist natürlich für den Kunden, der als Käufer im Eigenhandel auftritt, gegenüber demjenigen, der Kommittent der Bank ist, eine große Härte. Beide Kunden wollen doch durch ihre Bank Eigentum an den Papieren erlangen. Wenn die Kunden nun die Bank mit der Verwahrung der angeschafften Papiere beauftragen wollen, so kann der Kommittent trotz fehlenden Erwerbes des unmittelbaren Besitzes durch Absendung des Stückeverzeichnisses Eigentümer der Papiere geworden sein. Der Käufer aber, dem die Papiere auf Stückekonto gutgeschrieben sind, kann erst über sie verfügen, wenn sie ihm ausgehändigt oder durch Besitzkonstitut übertragen sind. Diese Verzögerung des Eigentumsübergangs wird vermieden, wenn die Bestimmungen des Depotgesetzes auf den Eigenhandel angewendet werden, sodaß der Kunde als Käufer ebenso wie als Kommittent die Uebersendung des Stückeverzeichnisses verlangen, damit das Eigentum erwerben und auch vorher schon, wenn er seinerseits erfüllt hat, das Konkursprivileg des § 7 a genießen kann.

Doch dürfte das Depotgesetz in seiner jetzigen Fassung mit seinen Bestimmungen über die Aushändigung des Stückeverzeichnisses und der damit verbundenen Eigentumsübertragung auf den Eigenhandel keine Anwendung finden können. Der Gesetzeswortlaut spricht schon dagegen, denn es ist immer nur vom Kommissionär und Kommittenten die Rede[7]). Anders ist es natürlich, wenn gar kein Eigenhandel vorliegt, sondern es sich in Wirklichkeit um ein verstecktes Kommissionsgeschäft handelt. Aber hier ist lediglich der Fall des reinen Eigenhandels zu erörtern.

Die inneren Gründe für eine Gleichstellung des Eigenhandels mit dem Kommissionsgeschäft in Hinsicht des Eigentumsübergangs sind bereits dargelegt worden. Der Gesetzestext spricht dagegen. Es ist also vielleicht noch die geschichtliche Grundlage des Depotgesetzes zur Auslegung heranzuziehen. Aber auch die Materialien des Depotgesetzes bieten wenig Anhaltspunkte, ob der Gesetzgeber den Eigenhandel mit in das Depotgesetz einbeziehen wollte. Man hat früher die Begriffe nicht scharf genug geschieden, sodaß Kommission mit Selbsteintritt und Eigengeschäft manchmal gleichgestellt wurde[8]). Ja es sind sogar Selbstkontrahent und Eigenhändler als Abarten des eigentlichen Kommissionärs hingestellt worden[9]).

Das Reichsgericht hat in einigen Entscheidungen[10]) zu dieser

---

7) So auch Riesser-Bernstein S. 169; ferner in B.A. 22 S. 183; Nußbaum, LZ. 1911 Sp. 898; Schumann, Bankverwahrung und Konkurs S. 17.

8) Verh. d. Deutschen Juristentages 1892 Bd. 4 S. 181, 184; Bd. 1 S. 410.

9) Verh. Bd. 4 S. 209.

10) RGZ. 1/286 ff., 4/92, 25/69.

Frage Stellung genommen. Aber auch hier vermißt man eine klare Scheidung der Begriffe. In dem einen Falle [11]), wo eine Effektenverkaufskommission vorliegt, und es streitig ist, ob hier der Auftrag durch Abschluß mit einem Dritten oder durch Selbsteintritt des Kommissionärs ausgeführt worden ist, lehnt das Reichsgericht einen Gegensatz zwischen Kommissionsauftrag und Properkauf ab. Anscheinend meint auch das Reichsgericht in dieser Entscheidung mit dem Ausdruck „Properkauf" die Kommission durch Selbsteintritt, wie sich aus dem Folgenden ergibt, denn es fährt in seiner Begründung fort, daß die Kommission entweder durch einen Abschluß mit einem Dritten oder durch den Eintritt als Selbstkontrahent ausgeführt werden könne. Der Eintritt als Selbstkontrahent sei nichts von der Ausführung des Auftrages verschiedenes, sondern nur eine Art der Ausführung des Kommissionsauftrages.

Eine ähnliche zu Mißverständnissen führende Benennung der Rechtsgeschäfte, wie sie in dem eben angeführten Erkenntnis des Reichsgerichts vorliegt, findet man in einer anderen Entscheidung [12]), der eine Einkaufskommission zu Grunde liegt. Auch hier ist zunächst von Kommissiosgeschäft und Properkauf die Rede, während anschließend wieder von Kommission durch Abschluß mit einem Dritten oder durch Eintritt als Selbstkontrahent gesprochen wird.

In einer dritten Entscheidung [13]) endlich erklärt das Reichsgericht, daß trotz des Eintritts als Selbstkontrahent das Verhältnis des Kommissionärs zum Kommittenten nicht nach den Grundsätzen über das Kommissionsgeschäft sondern nach denen über den Kauf zu beurteilen sei. Das Reichsgericht schließt dies u. a. auch aus dem Wortlaut des Artikel 376 aHGB., dem heutigen § 400 HGB., in dem Wendungen wie „als Verkäufer zu liefern" und „als Käufer für sich zu behalten" enthalten sind. Hier stellt das Reichgericht also wieder die Selbsteintrittskommission auf dieselbe Stufe mit dem Propergeschäft.

Andererseits könnte eine Bemerkung, die zur Rechtfertigung des § 3 in der Begründung des Depotgesetzentwurfs gemacht wurde [14]), für eine Erstreckung des Depotgesetzes auch auf den Eigenhandel sprechen. Es heißt dort, daß nach Berliner Börsenusancen im Börsenverkehr schon damals bei „Lieferung von Wertpapieren — und zwar nicht nur im Kommissionsgeschäft, sondern auch im Propergeschäft — Nummernverzeichnisse mitzuliefern sind".

Aber wenn der Gesetzgeber bei der Schaffung des Depotgesetzes vielleicht auch den Eigenhandel miterfassen wollte, so hat er sich doch, was den Wortlaut des Gesetzes anbetrifft,

11) RGZ. 1/286.
12) RGZ. 4/94.
13) RGZ. 25/72.
14) Stenogr.Bericht des Reichstages 4. Session I Anl. Bd. S. 42.

nicht klar genug ausgedrückt. Es wird immer nur vom Kommissionär und vom Kommittenten gesprochen. Der Eigenhändler ist aber nicht Kommissionär, sondern er ist Verkäufer, bezw. Käufer. Aus dem Depotgesetz kann man also bei Eigengeschäften das Recht des Kunden auf Uebersendung des Stückeverzeichnisses nicht herauslesen, auch nicht im Wege der Analogie [15]). Doch wie man dem Eigenhändler die allgemeinen Pflichten des Kommissionärs, seine Haftpflicht, seine Treupflicht, seine Pflicht zur sorgfältigen Beratung auferlegt, die alle aus dem Vertrauensverhältnis zwischen Bank und Kunden entspringen, so kann man auch von ihm mit demselben Recht die Eigentumsverschaffung verlangen. Der Kunde, der auf Grund der Eigenhändlerklausel von seiner Bank Papiere kauft, will Eigentum an ihnen erwerben. Warum soll er es nicht ebenso wie beim Kommissionsgeschäft durch Nummernaufgabe erlangen können? Die Pflicht zur Eigentumsverschaffung durch Uebersendung von Stückeverzeichnissen dürfte ein ebenso wesentliches Moment in dem Verhältnis zwischen Bank und Kunden sein wie die Treupflicht und die Pflicht zur sorgfältigen Beratung. De lege ferenda aber könnte die Gültigkeit des Depotgesetzes auch auf den Eigenhandel ausgedehnt werden [16]).

II. Abschnitt:

Die Pfandklausel.

§ 10. Der Begriff der Klausel.

Die Pfandklausel in den Geschäftsbedingungen der Großbanken ist eine Bestimmung, kraft deren die Bank berechtigt ist, an bestimmten Sachen, Wertgegenständen und Wertpapieren ihrer Kunden, die sich im Besitz der Bank befinden, das Pfandrecht auszuüben.

Früher hatte die Pfandklausel im Gegensatz zu heute eine verhältnismäßig enge Fassung. Die Klausel deutete im allgemeinen auf das Verhältnis zwischen Bank und Kunden hin und ergriff damit nur die Wertgegenstände, die für Rechnung des Kunden in den Besitz der Bank gelangten.

Die Geschäftsbedingungen neueren Datums aber enthalten eine Pfandklausel, die sich zwar äußerlich nicht viel von der älteren Form unterscheidet, die aber doch inhaltlich eine ganz andere und weitgehendere Bedeutung haben kann.

Als Beispiel sei hier die Pfandklausel aus den Allgemeinen Geschäftsbedingungen der Dresdner Bank, Ausgabe Dezember 1931, angeführt. Sie lautet in Ziff. 9 Abs. 2: „Alle Wertpapiere

---

15) Vgl. Riesser gegen RGE. vom 14. 2. 23 in B.A. 23, 183; grundsätzlich richtig jetzt RGE. 27. 10. 26, B.A. 26/184.

16) Vgl. Ruth a.a.O. S. 25.

und sämtliche Wertgegenstände (auch Sammeldepotanteile), welche aus irgend einem Anlaß in den Besitz oder die Verfügungsmacht der Bank oder der von ihr mit der Verwahrung beauftragten auswärtigen Stellen gelangen, insbesondere auch die ihr besonders verpfändeten Werte, haften der Bank, soweit nicht die Bestimmungen in § 8 des Bankdepotgesetzes etwas anderes ergeben ,zur Sicherheit für alle Forderungen ihrer verschiedenen Niederlassungen an den Kunden, einschließlich aller bedingten, befristeten oder künftigen Forderungen, als Pfand. Die der Bank zum Zwecke der Diskontierung hereingegebenen Wechsel gelten als verpfändet, wenn die Bank die Diskontierung ablehnt, und der Kunde die Wechsel nicht sofort zurückfordert."

Warum sich die Banken zu dieser neuen Fassung der Klausel bekannt haben, ist nicht so ohne weiteres festzustellen. Es ist fraglich, ob tatsächlich Beweggründe dazu geführt haben, die als Ziel eine übermächtige Stellung gegenüber der Kundschaft erstrebten, welche die Banken dann instandsetzte, in jeder Hinsicht sich bei Verlusten schadlos halten zu können, oder ob es sich lediglich darum handelte, für die Pfandklausel eine Form zu finden, die in großzügiger und möglichst ungebundener Weise generell alle nur möglichen Tatbestände erfassen konnte. Eins steht jedenfalls fest: die neue Fassung der Pfandklausel gibt, äußerlich gesehen, den Banken gegenüber der Kundschaft eine überlegene Stellung. Aber nicht nur diese Ueberlegenheit der Banken, die in der Klausel verankert zu sein scheint, sondern auch deren reichlich weite und daher unübersichtliche Fassung können zur Kritik Anlaß geben.

§ 11. Die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Pfandklausel.

Wenn man die Pfandklausel einer Prüfung unterziehen will, so ist davon auszugehen, daß sie nur ein Vertragspunkt aus der Reihe der Vereinbarungen ist, die in den Geschäftsbedingungen zu einem einheitlichen Ganzen zusammengeschlossen sind. Ueber die Zustimmung zu den Geschäftsbedingungen und über deren Wirksamwerden ist bereits in dem Allgemeinen Teil dieser Darstellung gesprochen worden. Es wurde festgestellt, daß allerdings nur eine einheitliche Anerkennung des Geschäftsbedingungsvertrages möglich sei, daß aber trotzdem nicht die Einigung über alle Vertragspunkte vorzuliegen brauche. Bei gewissen Punkten, z. B. in Effektenanschaffungs- und Veräußerungsverträgen, liegt nur ein Vorschlag der Bank vor, diese Geschäfte so und nicht anders abzuschließen, und der Kunde erkennt durch seine Zustimmung zu den Geschäftsbedingungen lediglich an, daß er von diesem Vorschlag Kenntnis genommen habe. Die wirkliche Einigung über diesen Vertragspunkt tritt erst bei der

Tätigung des ersten Geschäfts ein. Hierauf ist besonders bei der Erörterung der Eigenhändlerklausel hingewiesen worden[1]).

Ob man nun die Einigung über die Pfandklausel als mit der allgemeinen Einigung über die Geschäftsbedingungen vollzogen ansehen will, oder ob man die Pfandklausel unter einem gleichen Gesichtspunkt wie die Eigenhändlerklausel betrachten will, kann man nicht ganz schablonenmäßig beantworten. Im großen und ganzen neigt man wohl dazu, die Einigung über die Pfandklausel mit der allgemeinen Einigung über die Geschäftsbedingungen zusammenfallen zu lassen. Dafür sprechen jedenfalls mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts und auch Hinweise in der Literatur[2]). Aber man kann hier wohl nicht generell entscheiden, sondern muß die einzelnen Fälle, wie sie bei dieser Sachlage möglich sind, für sich betrachten.

Die Voraussetzungen zur Entstehung dieses Geschäftsbedingungspfandrechts sind dieselben wie beim allgemeinen Vertragspfandrecht des BGB. Das in der Pfandklausel verbriefte Pfandrecht stellt zwar einen speziellen Fall dar, aber es ist und bleibt Vertragspfandrecht. Daran ist immer festzuhalten. Will man nun die Pfandklausel prüfen, so muß man nach den allgemeinen Grundsätzen des bürgerlichrechtlichen Vertragspfandrechts vorgehen.

Soll ein Pfandrecht an Wertpapieren entstehen, die ein Kunde bei seiner Bank zur Verwahrung eingereicht hat, so müssen, wenn es sich um Inhaberpapiere handelt, nach den §§ 1293 und 1205 BGB. Uebergabe und Einigung vorliegen. Diese Voraussetzungen dürften im allgemeinen vorhanden sein. Die Uebergabe liegt in der Besitzübertragung zwecks Aufbewahrung und die Einigung stellt das Anerkenntnis der Geschäftsbedingungen dar. Es wird also auf diese Art das Vertragspfandrecht der Pfandklausel zustandekommen. Fraglich kann nur sein, ob eine Zeitspanne zwischen Uebergabe und Einigung zulässig ist und ob, wie in diesem Falle, die Einigung durch Anerkennung der Geschäftsbedingungen bereits erklärt werden kann, wo von einer Uebergabe von Wertpapieren nach gar keine Rede ist. Die herrschende Lehre steht hier auf dem Standpunkt, daß, wie bei jedem Uebereignungsakt, die Einigung der Uebergabe vorangehen kann, und daß dies zur Uebertragung zwecks Erlangung des Eigentums bezw. des Pfandrechts genüge. Jedoch ist hier eine Einschränkung notwendig. Nämlich nur dann kann ein Pfandrecht entstehen, wenn der Wille der Parteien auch bei der Uebergabe noch auf die Entstehung des Pfandrechts gerichtet ist. Das Vorliegen einer früheren Einigung allein genügt nicht. Doch kann man aus einer früheren

1) S. o. § 8.

2) RGZ. 84/1; 106/249; 122/75; ferner Höniger a.a.O. S. 1158 und 1160; Düringer-Hachenburg § 368 Anm. 46; Regelsberger in B.A. 5 S. 117; Woite a.a.O. S. 20.

Einigung noch auf das Bestehen derselben bei Stattfinden der Uebergabe schließen, wenn nicht eine Willensänderung der Parteien ersichtlich ist[3]).

In diesem Falle macht es aber nichts aus, wenn man die Einigung über die Pfandklausel bereits mit der Anerkennung der allgemeinen Geschäftsbedingungen zusammenfallen läßt, denn die Bank erlangt das erwünschte Pfandrecht an den Wertpapieren, auch wenn zwischen Einigung und Uebergabe eine längere Zeitspanne liegt.

Eine andere Sachlage ergibt sich aber, wenn nun diese Einigung über die allgemeinen Geschäftsbedingungen, die bei Eröffnung der Geschäftsverbindung vorlag, später in diesem einen Vertragspunkt gar nicht vorhanden ist. Dies kann unter Umständen dann eintreten, wenn ohne Wissen des Kunden durch Zufall oder sogar gegen seinen Willen für ihn von dritter Seite Wertpapiere bei seiner Bank hinterlegt werden. Nach der Pfandklausel sollen alle Wertpapiere als Pfand für den Kunden haften, die aus irgend einem Anlaß in den Besitz und die Verfügungsgewalt der Bank gelangen. Danach wäre das Pfandrecht auch an diesen Papieren entstanden, die ohne Wissen oder sogar gegen den Willen des Kunden der Bank ausgehändigt worden sind. Das würde aber den Grundsätzen des Pfandrechts widersprechen. Voraussetzung zur Entstehung jeglichen Pfandrechts ist die Einigung. Wenn nun das Wertpapier ohne Wissen und Willen des Kunden in den Besitz der Bank gekommen ist, so dürfte grundsätzlich ein Pfandrecht nicht begründet sein[4]). Hat aber der Kunde durch die Pfandklausel im voraus anerkannt, daß auch die ohne seinen Willen in den Besitz der Bank gelangenden Wertpapiere dem Pfandrecht unterworfen sein sollen, so ist dies wirksam. In der hier oben angeführten Pfandklausel der Dresdner Bank ist diese Unterwerfung des Kunden nicht klar ersichtlich. Es dürfte hier also eine Einigung bei mangelndem Wissen und Willen des Kunden schon zweifelhaft sein. Ganz ausgeschlossen aber ist ein wirksames Pfandrecht, wenn die Bank die Wertpapiere direkt gegen den Willen des Kunden erhalten hat. Hier ist die Zustimmung zu der Pfandklausel, die der Kunde einst bei dem Anerkenntnis der Geschäftsbedingungen gegeben hatte, wieder aufgehoben. Es liegt also keine Einigung und damit auch kein Pfandrecht vor. Diese Ansicht wird auch in zwei Entscheidungen des Reichsgerichts[5]) vertreten.

An anderer Stelle[6]) hat das Reichsgericht zwar betont, daß, wenn man die Einigung über die Geschäftsbedingungen als

3) RGR.Komm. III. Bd. § 1205 Anm. 2; Wolff S. 613; RGZ. 83/229 ff.; Eccius bei Gruch. 47/52; OLG. Breslau in JW. 1929/789; a. M. v. Tuhr, Allg. Teil I S. 176.

4) Düringer-Hachenburg § 368 Anm. 44.

5) RGZ. 83/229 ff.; 126/350.

6) RGZ. 84/1 ff.; 122/75 ff.

selbständigen einheitlichen Vertrag ansieht, und soweit man auf diese Einigung aus zustimmenden Aeußerungen oder konkludenten Handlungen des Kunden schließen kann, auch ein Einigsein über die Pfandklausel und damit über jedes gegenwärtige und zukünftige Pfandrecht an den Werten des Kunden zu unterstellen sei. In einem solchen Falle sollen aber alle dem Kunden gehörigen Wertpapiere, Waren, Forderungen usw., die in den Besitz der Bank gelangen, als Faustpfand für alle Forderungen gegen den Kunden dienen. Dabei soll es sich nicht nur um diejenigen Wertpapiere handeln, die der Kunde der Bank im Geschäftsverkehr als Pfand übergibt, sondern auch um jene, die von einem unbefugten Dritten oder durch einen Zufall sogar gegen Wissen und Willen des Kunden in den Besitz der Bank gelangen. Diese Ansicht aber dürfte im Widerspruch mit den Grundsätzen des Pfandrechts stehen und für den Bankkunden eine unbillige Härte bedeuten. Daher ist auch den beiden erstgenannten Entscheidungen des Reichsgerichts beizutreten. Diese Entscheidungen, die zwar äußerlich nicht ganz mit dem oben behandelten Fall übereinstimmen, treffen aber inhaltlich den Kern der Sache. Die erste Entscheidung[7]) stellt fest, daß man bei einer im Voraus abgegebenen, auf Uebereignung gerichteten Willenserklärung im Allgemeinen solange mit deren Fortbestehen rechnen könne, bis aus dem Verhalten des Kontrahenten erkennbar sei, daß er in dem Augenblick der Uebergabe nicht mehr den Besitz- und Eigentumsübergang wolle. Dann kann die früher abgegebene Willenserklärung, die auf den künftigen Wechsel des Besitzes und Eigentums abzielte, den bei der Uebergabe fehlenden gemäß § 929 BGB. erforderlichen Willen nicht ersetzen.

Wenn auch diese Entscheidung eine im Voraus abgegebene Erklärung betrifft, die auf einen Eigentumsübergang gerichtet ist, so dürfte sie doch auch zur Auslegung der Pfandklausel herangezogen werden können. Die Voraussetzungen zum Entstehen des Eigentums und des Pfandrechts sind Uebergabe und Einigung, nur daß sich die Einigung in dem einen Fall auf den Eigentumsübergang und in dem andern Fall auf die Entstehung des Pfandrechts bezieht.

Etwas treffender behandelt die zweite Entscheidung[8]) dieses Problem. Sie nimmt hier Bezug auf einen Spezialfall der Pfandklausel: das Pfandrecht an zur Diskontierung eingereichten aber nicht diskontierten Wechseln. Wie sich diese Frage im einzelnen lösen läßt, wird unten[9]) noch erörtert werden. Hier soll nur das Problem der Außerkraftsetzung der Pfandklausel untersucht werden und darauf gibt diese Entscheidung eine klare und eindeutige Antwort. Wenn auch eine Vermutung dafür

7) RGZ. 83/229 ff.
8) RGZ. 126/350 ff.
9) S. § 12.

spricht, daß alle Geschäfte zwischen Bank und Kunden unter die Geschäftsbedingungen fallen, so soll trotzdem ein Pfandrecht an den zur Diskontierung eingereichten aber nicht diskontierten Wechseln nicht entstehen, wenn der Kunde dies ausdrücklich zu erkennen gegeben hat. Die Geschäftsbedingungen sind dann für das einzelne Geschäft außer Kraft gesetzt. Daher kann dann auch nach § 1292 BGB. kein Pfandrecht auf Grund der Geschäftsbedingungen zustandekommen.

Aber unter Umständen kann auch gegen den Willen des Kunden für die Bank auf Grund der Pfandklausel ein Pfandrecht an seinen Papieren entstehen. Es ist nämlich ein gutgläubiger Erwerb des Pfandrechts an den Papieren nach § 366 HGB. möglich. Wenn ein Kaufmann im Betriebe seines Handelsgewerbes Papiere eines Geschäftsfreundes bei dessen Bank und für dessen Rechnung aber gegen dessen Willen zur Verwahrung einreicht, so kann die Bank trotzdem ein Pfandrecht im Rahmen der Pfandklausel erwerben. Hier soll eben aus Gründen der Rechtssicherheit der gute Glaube der Bank an die Verfügungsbefugnis des Kaufmanns geschützt werden. Aber nur wenn die Voraussetzungen für den redlichen Erwerb des Pfandrechts an den Papieren vorliegen, nämlich ein gültiges Rechtsgeschäft, eine Nichtberechtigung des Vormannes, der gute Glaube an das Recht des Vormanns und die Besitzübergabe, kann dieses Pfandrecht wider den Willen des Bankkunden zur Entstehung gelangen. Dies dürfte auch durchaus der Billigkeit entsprechen. Denn wenn ein Kaufmann für Rechnung eines Dritten bei dessen Bank Papiere einreicht, so dürfte im Zweifel anzunehmen sein, daß dieser Kaufmann auch von dem Dritten legitimiert ist. Wenn ein Bankkunde das Inkrafttreten des Pfandrechts zu verhindern wünscht, so muß er eben rechtzeitig für eine dementsprechende Benachrichtigung der Bank Sorge tragen.

Aber zum Wirksamwerden des Klauselpfandrechts gehört nicht nur die Einigung und Uebergabe nach den allgemeinen Bestimmungen des bürgerlichen Rechts, sondern es ist auch notwendig, daß die Klausel eine Bestimmtheit der Form aufweist, die den Gegenstand des Pfandrechts und die Forderung, für die derselbe haften soll, scharf genug umreißt.

Wenn die Klausel alle Wertpapiere und sonstigen Wertgegenstände des Kunden für das Pfandrecht ergreifen will, so dürfte diese Fassung doch als etwas zu unbestimmt angesehen werden. Es ist für die Bank gewiß sehr angenehm, wenn sie sich an allen Sachen des Kunden schadlos halten kann. Aber eine gewisse Grenze muß doch auch hier gezogen werden. Diese wird man im Zweifel in der Geschäftsverbindung mit dem Kunden finden[10]). Alle die Sachen und die Wertpapiere des Kunden, die im Rahmen der Geschäftsverbindung in

10) Düringer-Hachenburg § 368 Anm. 44.

den Besitz der Bank gelangt sind, darf man als unter die Pfandklausel fallend erachten. Nur eine derartige generelle Verpfändungserklärung in Ansehung des Gegenstandes ist zulässig.

Ganz ähnlich verhält es sich mit der Bestimmtheit der Forderung, für die das Pfand haften soll. Nach § 1204 Abs. 2 BGB. kann das Pfandrecht auch für eine künftige oder für eine bedingte Forderung bestellt werden. Es ist also gesetzlich zulässig, daß die Bank ein Pfandrecht erhält für Forderungen, die noch gar nicht bestehen. Schon vor Entstehung der Forderung kann die zukünftige Gläubigerin ein Pfandrecht an den Werten ihres zukünftigen Schuldners erwerben. Aber diese Forderungen, die erst in der Zukunft zur Entstehung gelangen, müssen irgendwie bestimmbar sein[11]). Das Kammergericht erklärt in einer Entscheidung[12]), es sei für die Bestimmbarkeit der Forderung erforderlich, „daß im Abkommen der Beteiligten für das Erwachsen des Anspruchs eine feste die Gestaltung des Anspruchs genau bestimmende Grundlage geschaffen sei". Wie aber diese Grundlage im einzelnen beschaffen sein soll, sagt es nicht. Man neigt auch hier wie bei der Umgrenzung des Pfandgegenstandes zu einer ziemlich weiten Auslegung. Wenn die Banken in der Pfandklausel die Redewendung „Zur Sicherheit für alle Forderungen einschließlich aller bedingten, befristeten oder künftigen Forderungen" gebrauchen, so können sie sich damit auf die Ansicht des Reichsgerichts stützen[13]). Doch wenn auch die Forderung nicht nach Rechtsgrund, Höhe und Verfallzeit angegeben zu werden braucht, so ist doch auch hier eine gewisse Grenze zu ziehen. Freilich kann man der Ansicht, daß man auch hier bei der Bestimmung der Forderung auf die „Geschäftsverbindung" abstellen müsse[14]), den Einwurf machen, daß schließlich alle Forderungen der Bank gegen ihren Kunden aus der beiderseitigen Geschäftsverbindung hervorgegangen seien bezw. hervorgehen werden. Doch braucht dies nicht immer der Fall zu sein. Es ist denkbar, daß ein Dritter der Bank Forderungen gegen den Kunden zediert[15]), weil er selbst keine genügenden Sicherheiten für diese Forderungen hat, während die Bank durch irgendwelche Wertpapiere oder Wertgegenstände gedeckt ist, die sie bereits für den betreffenden Kunden im Depot hat. Aus diesem Grunde dürfte auch hier nur für solche Forderungen ein Pfandrecht begründet werden, die aus der Geschäftsverbindung zwischen Bank und Kunden hervorgegangen sind. Die Haftung jener Werte für andere Forderungen würde also durch die allgemeine Pfandklausel nicht begründet werden.

---

11) Wolff a.a.O. S. 610 Anm. 6.
12) KGJ. 44, 274.
13) RG. in JW. 1911/367; ebenso Wolff a.a.O. S. 610 Anm. 6.
14) Düringer-Hachenburg § 368 Anm. 44.
15) Vgl. Koch a.a.O. S. 187.

§ 12. Die Wirkung der Pfandklausel.

Nachdem die Voraussetzungen für das Wirksamwerden der Pfandklausel erörtert sind, soll jetzt geprüft werden, wie sich die Klausel im einzelnen im Geschäftsverkehr der Kunden mit ihrer Bank auswirkt.

Wenn also ein Kunde seiner Bank Wertpapiere zur Aufbewahrung anvertraut, sei es, daß er sie persönlich oder durch Dritte bei ihr einreichen oder auch durch sie selbst anschaffen läßt, so erwirbt die Bank das Pfandrecht, wenn die in ihren Geschäftsbedingungen enthaltene Pfandklausel den eben erörterten Voraussetzungen entspricht Im allgemeinen wird es sich um Inhaberpapiere handeln, bei denen die Anwendung der Klausel auf Grund der §§ 1293, 1205 BGB. keine Schwierigkeiten bereiten wird.

Etwas anders gestaltet sich die Rechtslage, wenn nicht Inhaberpapiere, sondern Wechsel oder andere Orderpapiere den Gegenstand des Pfandrechts bilden sollen. Daher ist dieser Fall auch in Rechtsprechung und Schrifttum bisweilen erörtert worden [1]).

Nach § 1292 BGB. genügt zur Verpfändung eines Wechsels oder eines anderen Papiers, das durch Indossament übertragen werden kann, die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers. Wenn nun ein Kunde bei seiner Bank Wechsel zwecks Diskontierung einreicht, und die Bank die Diskontierung derselben aus irgend einem Grunde ablehnt, so entsteht jetzt die Frage, ob die Bank auf Grund der Pfandklausel ein Pfandrecht erworben hat. Stellt man sich auf den Standpunkt, daß die allgemeinste Form der Klausel „alle Werte, die in den Besitz der Bank gekommen sind, haften für alle Forderungen" geltend sein soll, so würde die Bank, auf den ersten Blick gesehen, Pfandgläubigerin an den Wechseln werden. Aber wenn auch die Wechsel ordnungsmäßig im Rahmen der Geschäftsverbindung in den Besitz der Bank gekommen sind, die Uebergabe also erfolgt ist, so mangelt es doch hier an der erforderlichen Einigung. Es handelt sich um einen jener Fälle, wo zwar ursprünglich beim Anerkenntnis der Geschäftsbedingungen eine Einigung auch über die Pfandklausel vorliegt, wo sie aber nachträglich im Augenblick des Wirksamwerdens der Klausel gar nicht vorhanden ist. Wenn hier aus dem Verhalten des Kunden erkennbar ist, daß er trotz des Besitzübergangs auf die Bank nicht das Entstehen des Pfandrechts will, so sind dann für diesen Fall die Geschäftsbedingungen außer Kraft gesetzt [2]). Die Bank würde also dann kein Pfandrecht an diesen Wechseln erwerben. Um dies feststellen zu können,

1) RG. 12. 11. 29 in RGZ. 126/350; dazu Ludewig, JW. 1930 1381 und Herold, JW. 1930/3770; ferner Hoeniger S. 1171; Düringer-H. § 368 Anm. 44.
2) RGZ. 83/229; 126/350; vgl. auch Woite a.a.O. S. 30.

müssen die Rechtsverhältnisse zwischen der Bank und dem Kunden näher dargelegt werden. Der Kunde will von seiner Bank die von ihm eingereichten Wechsel diskontieren lassen. Er macht also der Bank ein Angebot zum Abschluß eines Wechselbegebungsvertrages. Dieses Angebot ist darauf gerichtet, der Bank die Wechsel zu übergeben und das Eigentum daran zu verschaffen. Dafür soll dem Kunden, der durch die Diskontierung der Wechsel entstandene Gegenwert gutgeschrieben werden. Der Wechselbegebungsvertrag soll nur unter der Bedingung geschlossen werden, daß die Bank es unternimmt, die von dem Kunden eingereichten Wechsel zu diskontieren. Darauf ist der Wille des Kunden gerichtet; unter dieser Voraussetzung ist er auch bereit, der Bank gemäß den von ihm anerkannten Geschäftsbedingungen das Pfandrecht an diesen Papieren einzuräumen. Diese Bedingung ist aber in diesem Falle nicht erfüllt, denn die Bank hat ja die Diskontierung der Wechsel abgelehnt. Damit ist aber auch der Wille des Kunden, sich der Pfandklausel zu unterwerfen, für diesen Fall außer Kraft gesetzt. Es besteht also keine Einigung mehr, die für das Entstehen des Pfandrechts bedingt ist.

Das Reichsgericht prüft ferner noch die Möglichkeit, ob ein Pfandrecht etwa nachträglich entstehen könne. Es bejaht dies dann, wenn die Bank, nachdem sie die Diskontierung der Wechsel abgelehnt hat, dem Kunden unter Bezugnahme auf ihre Geschäftsbedingungen einen Antrag auf einen neuen Pfandvertrag macht. Nimmt der Kunde diese Offerte an, so entsteht das Pfandrecht an den Wchseln. Als Angebot genügt aber nicht allein das Bestehen der Geschäftsbedingungen oder das Zurückbehalten der Wechsel, sondern es muß seitens der Bank ein erkennbarer Vertragsantrag vorliegen. Würde dagegen die Bank auf Grund der Pfandklausel die Wechsel zurückbehalten, so würde hierin ein Verstoß gegen Treu und Glauben „und ein offenbarer Mißbrauch des vom Kunden der Bank entgegengebrachten Vertrauens" zu erblicken sein. Eine Verpfändung der Wechsel kann nur auf Grund eines Vertrages stattfinden. Das bloße Stillschweigen des Kunden stellt aber kein vertragsmäßiges Einverständnis dar. Es liegt auch dann kein Vertrag vor, wenn der Kunde die Bank auf Grund der Geschäftsbedingungen für berechtigt hielt, das Pfandrecht auszuüben und er sich deshalb dem „Zwang gefügt" hat[3]).

Es dürfte also in einem solchen Falle die Pfandklausel wegen mangelnder Zustimmung des Kunden außer Kraft gesetzt sein, und daher ein Pfandrecht der Bank an den Wechseln nicht entstanden sein[4]). Zu demselben Ergebnis, wenn auch mit etwas anderen Begründungen, kommen zwei Abhandlungen von Lude-

3) Vgl. dazu RG., Urt. v. 13. 11. 25, Seuff.Arch. 80/47 und OLG. München Urt. v. 20. 3. 25, LZ. 1925/884.

4) RGZ. 126/350 (Urt. v. 12. 11. 29).

wig[5]) und Herold[6]), die zu der Entscheidung des Reichsgerichts vom 12. 11. 1929 Stellung nehmen.

Ludewig stellt zunächst das Entstehen des Pfandrechts auf die Rechtsnatur der Geschäftsbedingungen ab. Sieht man in den Geschäftsbedingungen der Bank eine Vereinbarung über den Inhalt künftiger Rechtsgeschäfte, so kann der Kunde durch einseitige Erklärungen die Pfandklausel für diesen Fall außer Kraft setzen. Hält man jedoch die Geschäftsbedingungen für einen selbständigen Vertrag, so kann der Kunde sich nicht einseitig davon lossagen. In diesem Falle ist für die Außerkraftsetzung eine neue Einigung der beiden Parteien erforderlich. Nach Ludewig besteht also bei letzterer Ansicht der Pfandvertrag auf Grund der Geschäftsbedingungen weiter. Aber nach seiner Meinung bedarf es zum Erwerb eines Pfandrechts an Wechseln nicht nur des Pfandvertrages, sondern auch eines Wechselbegebungsvertrages. Deshalb hätte das Reichsgericht prüfen müssen, ob etwa auch schon in der Einigung über die Geschäftsbedingungen ein Wechselbegebungsvertrag zustande gekommen ist. Einen derartigen Inhalt will er aber nicht in die Geschäftsbedingungen hineinlegen, denn zum Zustandekommen eines solchen Vertrages sei „die Einigung des Gebers und Nehmers, welche die Rechtsübertragung ausmacht", erforderlich[7]). Aus diesem Grunde ist also nach Ludewig ein gültiges Pfandrecht an den Wechseln nicht entstanden.

Herold[8]), der sowohl zu dem Urteil des Reichsgerichts vom 12. 11. 1929 wie auch zu der Ansicht Ludewigs Stellung nimmt, stimmt dem Reichsgericht zu. Auch er unterscheidet bei der Außerkraftsetzung der Pfandklausel durch einseitige Erklärung je nachdem, ob man die Geschäftsbedingungen als Auslegungsregeln für künftige Geschäftsabschlüsse ansehen will oder ob man ihnen rechtsverbindlichen Charakter beilegen will. Im ersten Fall bejaht er die Möglichkeit der Außerkraftsetzung durch einseitige Erklärung, dagegen trennt er im zweiten Falle obligatorische und dingliche Verpflichtungen in den Geschäftsbedingungen. Während sich der Kunde von obligatorischen Verpflichtungen nicht durch einseitige Erklärung befreien könne, sei bei Begründung von dinglichen Rechten die Einigung für das einzelne Geschäft nötig und daher möglich, den Eintritt jener Wirkung auszuschließen, unbeschadet der vielleicht bestehenden schuldrechtlichen Verpflichtung des Kunden, ein Pfandrecht zu bestellen. So sei es auch hier bei diesem Pfandrecht auf Grund der Klausel. Ursprünglich liege zwischen Bank und Kunden Einigung vor. Diese Einigung könne aber bis zur Uebergabe des zu verpfändenden Gegenstandes von jeder Partei durch

5) In JW. 1930/1381.
6) In JW. 1930/3770.
7) RGZ. 117/71.
8) In JW. 1930/3770.

eindeutige Erklärung wieder rückgängig gemacht und dadurch das Zustandekommen des Pfandrechts verhindert werden. Ob nun auch in dem Antrag zur Wechseldiskontierung eine derartige Erklärung zu erblicken ist, ist fraglich. Herold unterscheidet hier zwischen dem Begebungsvertrag, der auf die Uebertragung des Wechselrechts gerichtet ist, und demjenigen, der zu Pfandzwecken abgeschlossen wird. Der erste Vertrag, verbunden mit der Uebergabe der Wechsel, verschaffe der Bank das Gläubigerrecht, der zweite Vertrag und die Uebergabe gebe ihr das Pfandrecht. Wenn aber der Kunde die Wechsel seiner Bank zum Diskontieren einreicht, so liegen darin die Angebote zum Abschluß je eines Diskontvertrages und eines Wechselbegebungsvertrages zur Uebertragung des Gläubigerrechts. Ein Antrag zum Abschluß eines Begebungsvertrages zu Pfandzwecken aber sei in dem Diskontierungsantrag nicht enthalten und die Einigung, die durch die Geschäftsbedingungen zustandegekommen ist, gilt durch diesen Antrag als widerrufen. Aus diesem Grunde ist ein auf der Klausel beruhendes Pfandrecht nicht entstanden.

Es kommen also auch Ludewig und Herold in ihren Abhandlungen, wenn auch zum Teil mit anderen Begründungen, zu der Entscheidung, wie sie das Reichsgericht in seinem Urteil vom 12. November 1929 gefällt hat. Jedoch dürfte der Begründung des Reichsgerichts der Vorzug zu geben sein. Schon der Wortlaut des § 1292 BGB. ist hier ausschlaggebend. Zur „Verpfändung eines Wechsels genügt die Einigung des Gläubigers und des Pfandgläubigers und die Uebergabe des indossierten Papiers". Erforderlich ist also nur, wie auch Herold ganz richtig feststellt, die Einigung und Uebergabe des indossierten, d. h. mit einem Indossament versehenen Papiers. Wenn daher der Kunde die Wechsel nur unter der Bedingung der Bank übereicht, daß sie von derselben diskontiert werden, so geht sein Wille dahin, daß nur in diesem Falle die bei Anerkennung der Geschäftsbedingungen vorhandene Einigung über ein zukünftiges Pfandrecht weiter gelten soll. Tritt jedoch diese Bedingung nicht ein, so will er für diesen Fall die stattgefundene Einigung rückgängig machen und damit das Entstehen des Pfandrechts an diesen Wechseln verhindern. Es kann sich also die Bank in einem solchen Falle nicht auf ein entstandenes Pfandrecht berufen.

§ 13. Das mehrfache Pfandrecht auf Grund der Pfandklausel.

Wie bereits im Anfang dieses Abschnitts erwähnt wurde, weist die Pfandklausel eine äußerst großzügige und allgemeine Fassung auf. Diese Klausel, die alle auf irgend eine Weise in den Besitz der Bank oder in ihre „tatsächliche oder rechtliche

Verfügungsgewalt"[1]) gelangenden Werte des Kunden für alle Forderungen haften lassen will, die seine Bank gegen ihn hat, kann nun auch noch zu einem andern Schluß von ganz weittragender Bedeutung führen. Es ist nämlich möglich, aus dieser Fassung die Entstehung eines Doppel- oder Mehrfachpfandrechts zu konstruieren. Ein derartiges Doppelpfandrecht kann dann eintreten, wenn ein Bankkunde zur Deckung seines Kontos Wertpapiere einreicht, die nicht ihm gehören, sondern die ihm von einem andern Geschäftsfreund der Bank zur Verfügung gestellt sind. Wendet man nun diese Pfandklausel ohne jegliche einschränkende Auslegung an, so ergibt sich, daß die eingereichten Wertpapiere nicht nur für die Schulden des ersten, sondern auch für die eventuellen Schulden des zweiten Geschäftsfreundes haften sollen. Die Möglichkeit, die Rechtsnatur und die Wirksamkeit eines derartigen mehrfachen Pfandrechts auf Grund der Pfandklauesl in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, ist kürzlich von Hoeniger[2]) eingehend untersucht worden. Es sei daher grundsätzlich auf diese Darstellung verwiesen und nur insofern auf dieses Problem eingegangen, als es im Rahmen dieser Darstellung notwendig erscheint.

Wenn man der Pfandklausel eine derartig weitreichende und umfangreiche Bedeutung beimessen will, wie sie aus dem eben angeführten Beispiel ersichtlich ist, so führt dies zu einer heillosen Verwirrung innerhalb der Kontokorrent- und Depotbuchhaltung der Banken. Es ist zwar möglich und auch durchaus üblich, daß das Effektendepot eines Kunden für mehrere seiner laufenden Konten haftet, ebenso kann auch ein Effektendepot als Sicherung für die Konten mehrerer Personen, z. B. bei Geschwistern und Eheleuten, dienen. Aber in solchen Fällen wird im voraus zwischen den beiden Parteien eine Vereinbarung getroffen, die rechtmäßig ein Pfandrecht unter den notwendigen Voraussetzungen der Einigung und Uebergabe im Rahmen der Geschäftsverbindung entstehen läßt. Hier aber soll es sich um Fälle handeln, wo unabhängig voneinander für die Forderungen an verschiedene Kunden verschiedene „parallel geschaltete Pfandrechte"[3]) an denselben Werten für die Bank geschaffen werden sollen. Hoeniger führt die verschiedensten Beispiele für diese Fälle an, die alle treffend die rechtliche und wirtschaftliche Unmöglichkeit eines derartigen mehrfachen Pfandrechts charakterisieren.

Wenn auch die einzelnen Kunden der Bank sich beim Anerkenntnis der Geschäftsbedingungen grundsätzlich mit der Bank über zukünftig entstehende Pfandrechte geeinigt haben, so wird doch immer für das endgültige Entstehen des Pfandrechts vor-

1) So auch in den Allgem. Bedingungen d. Berliner Handelsgesellschaft und der Deutschen Bank und Discontogesellschaft.
2) „Die Erweiterung der Pfandklausel in den Bankbedingungen."
3) Hoeniger a.a.O. S. 1171.

ausgesetzt, daß bei der Uebergabe, der Besitzerlangung der Pfandgegenstände dieser Wille noch vorhanden und erkennbar ist. Diese Einigung dürfte im allgemeinen noch vorhanden sein, wenn der Kunde sich nicht widersprechend geäußert hat und dadurch das Entstehen des Pfandrechts verhindert hat. Man könnte also auch in dem Falle, wo der Kunde A seinem Geschäftsfreund B Papiere zur Verfügung stellt, damit dieser sie zur Sicherung seines, des B, Kontos bei der Bank hinterlegt, sowohl das Zustandekommen eines Pfandrechts der Bank an den Papieren wegen ihrer Forderung an B als auch ein Entstehen eines Pfandrechts wegen ihrer Forderung an A annehmen. Vorausgesetzt ist natürlich, daß ein entgegenstehender Wille des A nicht erkennbar ist[4]). Doch es ist auch erforderlich, daß ebenso wie die Forderung, — für die das Pfand haften soll, — im Rahmen der Geschäftsverbindung zwischen dem Kunden und der Bank entstanden sein muß, auch der Gegenstand des Pfandrechts durch die Geschäftsverbindung in den Besitz der Bank gelangt ist. Das aber kann man in unserem Beispiel nicht behaupten. Die Papiere sind durch den Kunden B der Bank ausgehändigt worden, damit sie als Sicherheit für sein Konto haften sollen. Für diese Forderung ist der Bank ein Pfandrecht verschafft worden, nicht aber für ihre Forderungen gegen den Kunden A. Aus diesem Grunde dürfte ein derartiges Doppelpfandrecht abzulehnen sein.

Auch aus wirtschaftlichen Gründen ist die Zulässigkeit eines auf der Pfandklausel basierenden Doppelpfandrechts unhaltbar. Eine solche Auslegung würde den kaufmännischen Gepflogenheiten vollkommen widersprechen, denn es dürfte schon buchungstechnisch unmöglich sein, die einzelnen Pfandrechte an demselben Depot richtig zu erfassen. Aber von dieser rein technischen Seite abgesehen, würde das Doppelpfandrecht auch für die Bankwelt eine Machtstellung schaffen, die sie instandsetzen könnte, die Abhängigkeit des Kundenpublikums in mißbräuchlicher Weise auszunutzen. Das aber würde im Widerspruch zu dem § 138 BGB. stehen und die Nichtigkeit der Pfandklausel herbeiführen.

§ 14. Pfandklausel und Depotgesetz.

Endlich ist noch zu prüfen, wie sich das Depotgesetz auf die Pfandklausel auswirkt. Wenn hier bis jetzt über die Pfandklausel gesprochen worden ist, so geschah dies in Bezug auf das Verhältnis zwischen Kunden und Bank. Im allgemeinen handelt es sich also um ein zweiseitiges Rechtsverhältnis, für

4) A. A. Hoeniger S. 1170: „Ein weiteres Einigsein im Augenblick der Uebergabe und des Empfanges sei nicht gut denkbar. Man könne überhaupt zweifeln, ob es eine vertragliche Bestellung eines Pfandrechts gem. § 1205 BGB. mit einem unbestimmten Verpfänder geben kann."

das die Pfandklausel geschaffen ist. Das Depotgesetz aber bringt eine dritte Person in dieses Problem hinein. Dadurch entsteht eine drei- oder mehrfache Stufung des Besitzes zwischen Kunden, Lokalbank und Zentralbank. Das Depotgesetz will nun den Kunden vor den Wirkungen der in den Geschäftsbedingungen der Zentralbank enthaltenen Pfandklausel schützen. Die Effekten des Kunden sollen nicht ohne weiteres für die Schulden der Lokalbank bei der Zentralbank haften, was leicht geschehen kann, wenn die Lokalbank sämtliche Kundeneffekten bei der Zentralbank in Depot gibt. Schon auf Grund der §§ 397 und 366 HGB. kann die Zentralbank in ihrer Eigenschaft als Kommissionärin ein Pfandrecht wegen aller ihrer Forderungen aus laufender Rechnung gegen die Lokalbank an allen von dieser letzteren hinterlegten Papieren geltend machen. Dieses Recht ist noch erweitert durch die Pfandklausel in den Geschäftsbedingungen der Zentralbank. Um so den Kunden vor unvorhergesehenen Schädigungen zu schützen, enthält der § 8 des Depotgesetzes die Bestimmung, daß ein Kaufmann, welcher im Betriebe seines Handelsgewerbes fremde Wertpapiere einem Dritten zum Zwecke der Aufbewahrung, der Veräußerung, des Umtauschs oder des Bezuges von anderen Wertpapieren, Zins- oder Gewinnanteilscheinen ausantwortet, dem Dritten hierbei mitzuteilen hat, daß die Papiere fremde seien. Ebenso hat er in dem Falle, daß er einen ihm erteilten Auftrag zur Anschaffung solcher Wertpapiere an einen Dritten weitergibt, diesem hierbei mitzuteilen, daß die Anschaffung für fremde Rechnung geschehe. Diese Mitteilung bewirkt dann, daß die betreffenden Kundeneffekten von dem allgemeinen Pfandrecht auf Grund der Klausel der Zentralbank nicht erfaßt werden, sondern es besteht an diesen Effekten nur ein Pfandrecht der Zentralbank wegen solcher Forderungen an die Lokalbank, welche mit Bezug auf diese Papiere entstanden sind.

Es scheint also so, als ob die Kunden der Lokalbank durch diesen Rechtssatz geschützt und ihre Effektenwerte vor dem Zugriff der Zentralbank sichergestellt sind. Aber dies scheint nur so; denn in der Praxis wirkt sich die Mitteilung gemäß § 8 Depotgesetz ganz anders aus, als man nach dem Wortlaut des Gesetzes annehmen könnte. Die Mitteilungspflicht des Lokalbankiers gegenüber dem Zentralbankier tritt kaum in Erscheinung, denn meistens liegen die Voraussetzungen für das Inkrafttreten dieses Rechtssatzes garnicht vor.

Voraussetzung für die Mitteilungspflicht ist doch immer, daß es sich um fremde Wertpapiere handelt. Dieser Fall aber, der die Regel bilden soll, ist von vielen Ausnahmen durchbrochen. Denn bei den bei der Zentralbank ruhenden Wertpapieren handelt es sich ebenso oft um fremde wie um eigene Wertpapiere. Wenn auch bei Tätigung von Kundengeschäften die Lokalbank bei der Zentralbank Effekten einreicht, so stehen diese doch oft

garnicht mehr im Eigentum der Kunden wie z. B. beim Selbsteintritt des Verkaufskommissionärs und ebenso verhält es sich umgekehrt bei der Einkaufskommission, wo die Lokalbank Eigentum an den für ihre Rechnung bei der Zentralbank ruhenden Effekten erwirbt. In diesem Falle ist ein Kundenschutz gegen die Pfandklausel in den Geschäftsbedingungen der Zentralbank auf Grund der Mitteilungspflicht des § 8 Depotgesetz gar nicht möglich. Ebenso verhält es sich in vielen anderen Fällen der Effektengeschäfte. Erwähnt sei nur die nach § 2 des Depotgesetzes zulässige Ermächtigung der Lokalbank durch ihren Kunden, gleichartige Papiere zurückzugewähren oder über die Papiere zu ihrem Nutzen zu verfügen. Die Unterlassung der Mitteilung an die Zentralbank gilt dann als Aneignung oder als Verfügung der Lokalbank. Auch die Vereinbarung zwischen Kunden und Lokalbank, daß die Bank berechtigt sei, die Kundeneffekten zu verpfänden oder auch weiterzuverpfänden, dürfte die Bank von der Mitteilungspflicht an die Zentralbank entbinden, weil sonst eine Realisierung der Papiere für die Lokalbank unmöglich wäre [1]). Mag diese Ansicht auch mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht ganz im Einklang stehen (in dieser Hinsicht dürfte Nithack [2]), der auf Eigentumsfrage und Gesetzestext abstellt, im Recht sein), so spricht doch andererseits dafür, daß der Kunde in diesem Falle selbst auf seinen Schutz verzichtet hat, indem er die Lokalbank ermächtigte, seine bei ihr ruhenden Effekten zu verpfänden. Damit begibt sich doch der Kunde freiwillig seiner Rechte und es würde dem Sinn der Ermächtigung widersprechen, wenn man die Verwertung der Papiere durch Anwendung des § 8 Depotgesetz ausschließen würde. Aus diesem Grunde muß man auch hier das Vorliegen der Mitteilungspflicht nach § 8 Depotgesetz verneinen.

Schließlich ist auch noch die Rechtslage zwischen Lokalbankkunden und Zentralbank zu erörtern, die bei einer unnötigerweise gemachten Mitteilung nach § 8 Dep.Ges. entsteht. Es kann doch von der Lokalbank der Zentralbank die Fremdanzeige erstattet sein, ohne daß überhaupt eine Pflicht zur Mitteilung bestand. Nach § 8 Abs. 2 Dep.Ges. genügt allein der Empfang der Mitteilung, um das Entstehen eines allgemeinen

---

1) So auch Düringer-Hachenburg-Breit S. 711 Anm. 41; Riesser-Bernstein, Depotgesetz S. 205.

2) Nithak a.a.O. S. 81 geht davon aus, daß die Mitteilungspflicht von der Eigentumsfrage abhängig sei. Aus diesem Grunde sei der Lokalbankier zur Mitteilung gezwungen, wenn er kein Eigentum an den Papieren erworben habe, mag ihm vom Kunden auch ein Recht zur Weiterverpfändung im eigenen Interesse eingeräumt sein. Trotz der erteilten Befugnis zur Weiterverpfändung im eigenen Interesse bleiben die Papiere für den Lokalbankier fremde Papiere und er ist deshalb zur Mitteilung an den Zentralbankier verpflichtet. Dadurch fallen die Papiere nicht unter das Klauselpfandrecht des Zentralbankiers, sondern sie unterliegen nur dem engeren Pfandrecht des § 8 Abs. 2 Depotges.

Pfandrechts für die Zentralbank zu verhindern. Dies dürfte auch auf den vorliegenden Fall zutreffen; denn es entspricht nur dem Sinn und Zweck dieses Rechtssatzes, wenn man dem Kunden einen möglichst großen Schutz angedeihen läßt. Deshalb ist es durchaus billig, daß die Effekten des Lokalbankkunden durch die — wenn auch unnötigerweise — gemachte Mitteilung dem Klauselpfandrecht der Zentralbank entzogen werden [3]).

Wie sich aus dem Dargelegten ergibt, übt die Mitteilungspflicht der Lokalbank nach § 8 Dep.Ges. wenn auch keinen erheblichen, so doch immerhin einen gewissen Kundenschutz gegenüber der Pfandklausel der Zentralbank aus. Aber dieser letzte Schutz kann auch noch dadurch illusorisch werden, daß der Kunde auf diese ihm gegenüber bestehende Pflicht verzichtet. Nach Riesser [4]) genügt hierzu eine „unschriftliche oder stillschweigende und ein für allemal erteilte Verzichtserklärung". Eine besondere Form ist jedenfalls nicht vorgeschrieben. Es ist also auch möglich, daß eine dementsprechende Verzichtsklausel in den Geschäftsbedingungen der Lokalbank enthalten ist, der sich der Kunde durch Anerkennung der Bedingungen unterwirft [5]). In einem solchen Falle ist also der Kundenschutz des Depotgesetzes ganz außer Kraft gesetzt. Der § 8 hat gar keine Bedeutung und der Lokalbankkunde ist dem Klauselpfandrecht der Zentralbank voll und ganz ausgeliefert.

III. Abschnitt:

Das Bankenstimmrecht bei Depotaktien.

§ 15. Der Begriff des Bankenstimmrechts.

Das sog. Bankenstimmrecht beruht auf einer Klausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken, die erklärt, daß die Bank mangels anderer Weisung berechtigt sein soll, die bei ihr von dem Kunden deponierten Aktien nach ihrem Ermessen in den Generalversammlungen der betreffenden Aktiengesellschaften zu vertreten. Diese Bestimmung ist — abgesehen von kleineren Erweiterungen oder Einschränkungen — in den Geschäftsbedingungsformularen aller Banken enthalten. Hat daher bei oder nach Beginn der Geschäftsverbindung mit der Bank der Kunde diese Bedingungen in irgend einer Form anerkannt, so hat er sich damit auch dieser Stimmrechtsklausel unterworfen, die nur einen Vertragspunkt in dem gesamten einheitlichen

3) So auch Riesser-Bernstein S. 217 Anm. 1; dagegen hält Riesser-B. die Fremdanzeige für bedeutungslos, wenn in einem besonderen Falle ausdrückliche Verpfändung wegen aller Forderungen stattgefunden hat; ebenso auch Staub-Koenige, Anhang zu § 424 Anm. 137.

4) Riesser-B. S. 208.

5) So Staub-K. Anh. zu § 424 Anm. 126.

Geschäftsbedingungsvertrag darstellt. Wenn also das Bankenstimmrecht bei Depotaktien im Rahmen dieser Darstellung erörtert werden soll, so geschieht es, um die Wirkungen zu zeigen, die dieser Vertragspunkt der allgemeinen Geschäftsbedingungen im Wirtschafts- und Rechtsleben hervorruft.

Da das Bankenstimmrecht einen der umstrittensten Punkte im deutschen Aktienrecht darstellt, hat sich bereits über dieses Gebiet, vor allem im Hinblick auf eine durchzuführende Reform eine umfangreiche Literatur angesammelt. Es gibt wohl nur zwei Meinungen über diesen Streitpunkt, aber dafür prallen sie auch um so härter aufeinander: Bankenstimmrecht oder nicht? Mittelwege gibt es in dieser Angelegenheit nicht.

§ 16. Die wirtschaftliche Bedeutung und Wirkung des Bankenstimmrechts.

Bevor die rechtliche Würdigung der Stimmrechtsklausel erfolgt, soll zunächst einmal die wirtschaftliche Bedeutung und Wirkung des Bankenstimmrechts erörtert werden. Es steht fest, daß das Bankenstimmrecht eine ungeheure Rolle im Wirtschaftsleben und im Wirtschaftskampf spielt. Wäre dies nicht der Fall, so würde es keinen Streit darüber geben. Aber gerade weil dieses „Recht" eine derartige Macht verleiht, die in jeder Generalversammlung jeder Aktiengesellschaft erkennbar hervortritt, deshalb will die eine Partei dieses Recht nicht beseitigen lassen, die andere es dieser nicht zubilligen. Ob die Gründe nun rein wirtschaftlicher oder rechtlicher Natur sind, wird im allgemeinen keine Rolle spielen. Nach Gründen wird erst gesucht, wenn man Rechte behaupten oder zerstören will.

Praktisch wirkt sich das Bankenstimmrecht doch so aus, daß die Banken, gestützt auf den in ihrem Gewahrsam befindlichen Aktienbesitz ihrer Kunden in den Generalversammlungen der Aktiengesellschaften erscheinen und hier mit diesen Aktien stimmen[1]). Ob die Banken nun auch im einzelnen Falle mit ihren Stimmen immer ausschlaggebend sind, ist eine andere Sache. Vielleicht ist das auch nicht immer beabsichtigt. Es wird häufig im Leben, in der Politik wie im Wirtschaftskampf aus bestimmten Gründen anders gestimmt, als das Ziel der Abstimmenden in Wirklichkeit erfordern würde. Meistens aber werden die Banken, die in Generalversammlungen auftreten, alle gestellten Anträge mit Hilfe ihrer gewaltigen Stimmenzahl zur Annahme bezw. zur Ablehnung bringen können, denn die Großbanken können ja durch ihr weitverzweigtes Filialnetz[2])

1) Anders liegt der Fall selbstverständlich, wenn die Bank mit Aktien stimmt, für die sie den Kunden auf Stückekonto erkannt hat. Denn dann stehen die Papiere ja noch im Eigentum der Bank, und sie stimmt also mit eigenen Aktien.

2) Die einzige Berliner Großbank, welche keine Filialen in der Provinz besitzt, ist die Berliner Handelsgesellschaft.

sämtliche verfügbaren Aktien aus der Provinz zur Abstimmung heranziehen. Aber es stimmen die Banken nicht nur mit Aktien, die bei ihnen lagern, sondern es unterstützen sich die in Interessengemeinschaft stehenden Banken hierbei dadurch, daß sie der an der Generalversammlung teilnehmenden Bank auch die bei ihnen ruhenden Aktien ihrer Kunden zur Abstimmung in der Generalversammlung zur Verfügung stellen. Dieses sogenannte Leihen der Aktien ist wohl von allen Spielarten des Bankenstimmrechts am meisten der Kritik ausgesetzt.

Die Gegner des Bankenstimmrechts gehen davon aus, daß es unzulässig sei, wenn die Banken auf Grund einer Stimmenmacht, bei der sie die wirtschaftliche Verantwortung der Abstimmung nicht tragen, weil diese, die Folgen des Beschlusses, schlechthin den Aktionär treffe, die Generalversammlung einer Aktiengesellschaft und damit das ganze Unternehmen in ihrem Sinne maßgebend beeinflussen. Immer wieder kommt die Ansicht zum Durchbruch, daß es die Macht der Banken sei, die sich überall Eingang und ausschlaggebenden Einfluß zu verschaffen versuche. Kurz gesagt: Ziel der Banken sei, die deutschen Aktiengesellschaften und damit die deutsche Industrie vor ihren Wagen zu spannen[3]). Dies geschehe einmal dadurch, daß die Banken selbst Aktienpakete erwerben und daß sie die den Kunden auf Stückekonto geschuldeten Aktien in ihrem Eigentum behalten. Schon dadurch haben die Banken bedeutende Stimmenkräfte. Bei weitem übertroffen werden diese aber durch die mittels der Stimmrechtklausel der Geschäftsbedingungen erworbenen Funktionen. Nach Nußbaum[4]) haben die Großbanken durch diese Auswertung des Stimmrechts ihrer Kunden die tatsächliche Verfügung über 20% der börsenfähigen Aktien. Es handelt sich allerdings hierbei nur um Schätzungen, denn statistische Grundlagen sind dafür nicht vorhanden. Aber diese Machtstellung als solche, wie sie den Banken durch die Ausübung des Stimmrechts in dieser Form erwächst, scheint bei vielen Gegnern des Bankenstimmrechts schon das wesentlichste Moment zu sein[5]), wenn auch andererseits der wohltätige Einfluß der Großbanken auf die Aktiengesellschaften von ihnen nicht verkannt wird[6]). Es widerstrebt ihnen, daß sich die ausschlaggebende Gewalt über ein Industrieunternehmen in Händen einer Kapitalmacht befindet, gegen die Sturm zu laufen, ein einzelner Aktionär garnicht imstande ist. Aber der Kampf geht doch wohl noch um mehr als um die Macht des Einflusses. Dieser Kampf der Gegner des Bankenstimmrechts geht um die Folgen dieses Einflusses; sie wollen nicht, daß die Industrieunternehmen von den Banken durch ein Kapital beherrscht werden,

3) Vgl. Müller-Erzbach, Umgestaltung S. 22.
4) Aktionär und Verwaltung S. 27.
5) Vgl. Wertheimer in Frankfurter Ztg. 1925 Nr. 479.
6) So Welter a.a.O. S. 28; Müller-Erzbach, Umgestaltung S. 23.

das diesen garnicht gehört, ohne daß sie dabei eine entsprechende Verantwortung tragen, und ohne daß sie am Risiko des Unternehmens beteiligt sind[7]). Vor allem aber handelt es sich um die Art und Weise der Beherrschung der Aktiengesellschaften. Die Gegner des Bankenstimmrechts behaupten nämlich, daß die Banken dieses Stimmrecht nicht nur zu Gunsten der Verwaltung und damit des Unternehmens selbst[8]), sondern auch in ihrem eigenen, der Banken Interesse[9]), ja sogar zum Vorteil von befreundeten Wirtschaftsgruppen und beteiligten Familien[10]) ausüben.

Wie weit nun diese einzelnen Vorwürfe, die von den Gegnern des Bankenstimmrechts gegen die Tätigkeit und den Einfluß der Banken bei der Verwaltung der Aktiengesellschaften erhoben werden, begründet sind, mag dahingestellt bleiben. Es steht jedenfalls fest, daß die Banken mit diesem „Stimmrecht" einen maßgebenden Einfluß ausüben. Ob dieser Einfluß immer segensreich gewesen ist, ist fraglich. In den Tausenden von Fällen, in denen deutsche Großbanken verwaltend durch Aufsichtsrat oder Generalversammlung in das Schicksal von Industrieunternehmungen eingegriffen haben, sind sicher auch hier und da Fehlgriffe gemacht worden. Das kommt überall im Geschäftsleben, in Handel und Industrie, vor. Ob diese Fehlgriffe aber so ungeheuerlich waren, daß man daraus verallgemeinernde Schlüsse ziehen könnte, ist nicht anzunehmen. Es ist im Gegenteil auf die schaffende und aufbauende Tätigkeit der Großbanken hinzuweisen, die sie nach der Gründung des Deutschen Reiches in den letzten Jahrzehnten des 19. Jahrunderts offenbart haben[11]). Immer und immer wieder haben sich die Großbanken und mit ihnen selbstverständlich auch die kleineren Provinzbanken bei der Finanzierung von neuen Unternehmungen beteiligt, die damals in unserem zu Wohlstand gelangten Vaterlande und nicht nur dort, sondern auch im Auslande von deutschen Kaufleuten und Industriellen ins Leben gerufen wurden. Den deutschen Banken kann kein besseres Zeugnis ausgestellt werden, als es ihnen von Kastl, dem Präsidialmitglied des Reichsverbandes der Deutschen Industrie, erteilt worden ist. „Die deutschen Banken haben ihre Aufgabe darin erblickt, nicht bloß in abstrakter Weise der Geldgeber oder Geldvermittler zu sein, sondern sie haben in engster Fühlungnahme mit der Industrie und allen anderen Wirtschaftszweigen sich

7) S. Nord S. 52; Müller-E. Handelsr. S. 244; ders. Umgestaltung S. 1; ders. Entartung S. 8; ebenso Holländer:Unternehmungsformen S. 52, der aber das Bankstimmrecht bejaht.

8) Vgl. dazu Anwaltverein:Zur Reform d. Aktienr. S. 164.

9) Müller-E. Umgestaltung S. 9; ders. Entartung S. 8.

10) Vgl. Nord a.a.O. S. 52.

11) Vgl. Solmssen, Probleme d. Aktienrechts, B.A. 26 S. 35; ebenso Kastl, Banken u. Industrie, B.A. 24/475; Hamm, Bemerkungen über internationale Beziehungen des deutschen Geistes- und Wirtschaftslebens, B.A. 24 S. 473.

organisch und großzügig in den ganzen Produktionsprozeß und den Aufbau unserer Wirtschaft eingegliedert" [12]).

Man kann selbstverständlich diese Worte Kastls auch anders deuten, wenn man nämlich das Bestehen einer „gemeinsamen Abwehrfront von Industrie und Bankwelt" [13]) annimmt, eine Abwehrfront, die sich gegen jede Reform im Aktienrecht richtet. Es spielt hierbei das Problem der Mehrstimmrechts- oder Verwaltungsaktie eine Rolle. Da auch dieses Mehrstimmrecht der Verwaltung ebenso wie das Bankenstimmrecht zahlreichen Angriffen ausgesetzt ist, vermutet man ein Bündnis der beiden Angegriffenen gegen den gemeinsamen Gegner. Diese Vermutungen sind sicher nicht ganz unbegründet. Aber gesetzt den Fall, es sei so, kann man es dann den Banken und Industrieverwaltungen übelnehmen, wenn sie sich zur Verteidigung von Einrichtungen zusammenschließen, die sie als lebenswichtig für die Erhaltung dieser von ihnen finanzierten und geleiteten Unternehmungen ansehen?

Die Abschaffung des Bankenstimmrechts würde überhaupt zu merkwürdigen Ergebnissen führen. Man muß doch immer berücksichtigen, daß nur die wenigsten Aktionäre imstande sind, den Betrieb und den Geschäftsgang derjenigen Unternehmungen überblicken zu können, deren Aktien sie besitzen. Die meisten Aktionäre sind froh, wenn sie möglichst regelmäßig ihre Dividenden einheimsen können und sich im übrigen nicht um das Unternehmen zu kümmern brauchen. Deshalb überlassen sie gerne die Vertretung ihrer Aktien im Wirtschaftsleben stehenden Sachkundigen, deren Erfahrung für eine ordnungsgemäße Ausübung des Stimmrechts spricht. Es ist nicht ausgeschlossen, daß, wenn die Aktionäre sich über die Abgabe ihrer Stimme in jedem Einzelfall zu entschließen hätten, sie manchmal anders stimmen würden, als die sie vertretende Bank es tut. Aber es ist auch anzunehmen, daß dann unendlich viele Aktionäre aus Bequemlichkeit und Gleichgültigkeit überhaupt nicht stimmen werden, sodaß es zu Zufallsergebnissen bei den Abstimmungen in den Generalversammlungen und oft nicht einmal zu gültigen Beschlüssen überhaupt kommen würde, es sei denn, daß die deutschen Aktiengesellschaften zu ähnlichen Hilfsmitteln griffen, wie die schweizer Eisenbahngesellschaften, die für die Teilnahme an den Generalversammlungen Freifahrtkarten an ihre Aktionäre verteilen [14]). Man hat auch vorgeschlagen, daß die Aktionäre zur Vertretung ihrer Aktien Treuhandgesellschaften heranziehen sollten. Aber schließlich würde eine derartige Einrichtung zu denselben Ergebnissen führen, wie das Bankenstimmrecht. Auch dann würden sich in einer Hand große Aktienpakete mit starker Stimmenmacht zusam-

12) Kastl a.a.O. S. 475.
13) Nußbaum, Aktionär u. Verwaltung S. 26 ff.
14) Sontag a.a.O. S. 43.

menballen, und es würde unabhängig von irgendwelchen Einzelwünschen nach eigenem Ermessen gestimmt werden. Es würde dann eben nur statt des Bankenstimmrechts das Treuhänderstimmrecht den Ausschlag geben. Ob es andere Erfolge zeitigen würde, dürfte fraglich sein. Sogar der Verband deutscher Bücherrevisoren, der in seiner Schrift „Zur Reform des Aktienrechts" zu dieser Frage Stellung genommen hat, hält die praktische Durchführbarkeit dieses Vorschlags für äußerst schwierig[15]), da die Verantwortung dieser Treuhandstelle übergroß, ja kaum tragbar sein würde.

Ein derartiger Vorschlag würde keine Neuerungen und erst recht keine Verbesserungen für das Aktienstimmrecht herbeiführen. Man würde der Einrichtung eben nur einen anderen Namen geben und im übrigen würde alles beim Alten bleiben. Ein solches Ergebnis wird aber doch von den Bankenstimmrechtsgegnern nicht erwünscht.

Von den Gegnern des Bankenstimmrechts wird immer betont, daß die Banken zu ihren Gunsten und auf Kosten der sogenannten „Kleinaktionäre" das Stimmrecht ausüben. Letzten Endes kommt es doch darauf an, das von den Aktionären, ganz gleich, ob Klein- oder Großaktionäre, in den Aktiengesellschaften investierte Kapital zu erhalten und produktiv arbeiten zu lassen. Daran hat zunächst jeder Aktionär das größte Interesse. Jedenfalls ist es im allgemeinen anzunehmen. Arbeitet das Unternehmen gut, so ist das Kapital des Aktionärs gesichert, und er hat Aussichten auf Gewinnbeteiligung.

Dagegen muß der Aktionär mit Verlusten rechnen, wenn das Unternehmen schlecht geht. Diese Erörterungen sind auch für das Bankenstimmrecht ausschlaggebend. Die Banken können mit gutem Recht annehmen, daß ihre Depotkunden sich gegenüber der Aktiengesellschaft, deren Aktien sie besitzen, auch als Gesellschafter fühlen und insofern die Interessen der Gesellschaft als ihre eigenen betrachten. Wenn ein Bankkunde die Aktien eines Unternehmens kauft, so tut er dies doch nur deshalb, weil er glaubt, sein Geld vorteilhaft und sicher in der betreffenden Gesellschaft anlegen zu können. Hat er es aber getan, so zeigt er damit, daß er zu dem Unternehmen und seinen Leitern Vertrauen hat. Er wird also auch in einem solchen Falle die von ihnen vorgeschlagenen Verwaltungsmaßnahmen billigen. Aus diesem Grunde dürfte die Bank im Zweifel immer berechtigt sein, bei Ausübung des Stimmrechts für die Depotaktien im Sinne der Verwaltungsanträge zu stimmen[16]). Weshalb dies auf Kosten der Kleinaktionäre und zugunsten der Banken gehen sollte, ist nicht einzusehen. Ist jedoch die Bank durch ihre Geschäftsbeziehungen oder ihre Sachkenntnis unterrichtet, daß

15) VDB. a.a.O. S. 22.

16) Vgl. Bernstein: Der Sinn des Depotvertrages. B.A. 26, 235; Riesser-Bernstein S. 62. A. A. Staub-Koenige, § 424 Anm. 34 S. 811.

die Anträge der Verwaltung offenbar dem Interesse ihrer Kunden entgegenlaufen, so ist sie selbstverständlich verpflichtet, den Anträgen der Verwaltung zu widersprechen und die Opposition zu unterstützen. Handelt die Bank in einem solchen Falle anders, so verletzt sie damit die ihrem Kunden gegenüber bestehende Pflicht, die ihr als Sachwalterin der ihr zur Ausübung übertragenen Rechte obliegt.

In diesem Zusammenhang dürfte hier noch auf den Unterschied zwischen Kleinaktionär und Großaktionär hinzuweisen sein. Gerade diese Unterscheidungsfrage ist sehr treffend von Hartmann gelöst[17]). Er weist darauf hin, daß es nicht angängig sei, einen Gegensatz zwischen Groß- und Kleinaktionär zu konstruieren. Es komme nicht auf die Höhe der Kapitalbeteiligung bei dem betreffenden Unternehmen an, sondern maßgebend sei allein die Zeit der Beteiligung. Hartmann stellt fest, daß die Interessen von Klein-, Mittel- und Großaktionären mit denen der Verwaltung selbst parallel laufen, sofern die Aktonäre nämlich Daueraktionäre sind[18]). Diese allein haben doch wirklich Interesse an dem Unternehmen als solchem, weil bei einer erfolgreichen Entwicklung desselben auch ihr Kapital entsprechenden Gewinn abwirft. Im Gegensatz zu den Daueraktionären verfolgen die Spekulationsaktionäre nur Kursgewinne. Ihre Absicht richtet sich nur auf Augenblickserfolge der Gesellschaft. Wenn diese ausgebeutet sind, verkaufen sie wieder die Aktien und versuchen bei anderen Unternehmungen ihr Glück.

Aus eben diesem Grunde dürfte schon aus volkswirtschaftlichem Interesse zu billigen sein, wenn die Banken bei der Ausübung des Stimmrechts der Depotaktien die Interessen der Spekulationsaktionäre nicht über die der Daueraktionäre stellen. Nur diese letzteren sind an dem Fortbestand des Unternehmens selbst interessiert und die Banken können in der Annahme nicht fehlgehen, wenn sie in diesem Sinne stimmen.

§ 17. Die rechtliche Grundlage des Bankenstimmrechts.

Wenn bis jetzt auf die allgemeine wirtschaftliche Bedeutung des Bankenstimmrechts hingewiesen worden ist, und die Gründe für und gegen die Beibehaltung desselben dargelegt sind, so soll jetzt die rechtliche Grundlage dieses Stimmrechts einer Würdigung unterzogen werden. Das Bankenstimmrecht beruht auf der am Anfang dieses Abschnitts erwähnten Bestimmung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen der Banken. Wie auch bereits festgestellt wurde, unterwirft sich der Kunde dieser Bestimmung dadurch, daß er den Geschäftsbedingungsvertrag mit der Bank abschließt. Fraglich kann nur sein, ob eine solche

17) Hartmann, Das Stimmrecht der Depotaktien. B.A. 24 S. 486 ff.
18) Hartmann a.a.O. S. 489; ebenso auch Solmssen: Probleme d. Aktienrechts, B.A. 26 S. 36.

Vereinbarung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen genügt, um das Stimmrecht des Bankkunden auf die Bank zu übertragen [1]).

Nach § 252 Abs. 1 HGB. gewährt jede Aktie das Stimmrecht, das regelmäßig von dem jeweiligen Eigentümer der Aktie ausgeübt werden kann. Eigentum und Besitz ermächtigen ihn zur Wahrnehmung dieses Rechts. Dagegen bestimmt Abs. 2 des § 252 HGB., daß das Stimmrecht auch durch Bevollmächtigte ausgeübt werden kann, die aber mit einer schriftlichen Vollmacht versehen sein müssen. Doch liegt ein solcher Fall der Bevollmächtigung hier nicht vor. Der Bevollmächtigte handelt ja als Vertreter und im Namen seines Auftrag- und Vollmachtgebers. Die Bank dagegen stimmt im eigenen Namen, wenn sie auch Vertreterin des Kunden ist und als solche das Interesse desselben zu wahren hat. Daran ist festzuhalten. Die Bank hat von jeder Ermächtigung nur in der Weise Gebrauch zu machen, „wie es dem Interesse und dem mutmaßlichen Willen des Kunden entspricht" [2]). Durch diese Vereinbarung in den Geschäftsbedingungen verschafft der Kunde der Bank lediglich die äußere Stellung des Aktionärs, ohne ihr das Aktienrecht selbst zu übertragen [3]). Diese Legitimationszession ist nicht eine Abart der fiduziarischen Uebereignung. Der Wille des Kunden ist bei der Vornahme dieser Abtretung weder auf den Vollzug eines Scheinaktes noch auf Eigentumsübertragung gerichtet. Das Eigentum an der Aktie und mit ihm auch das abstrakte Stimmrecht als Mitgliedschaftsrecht bleibt bei dem Kunden. Der Bank wird nur eine Rechtsposition eingeräumt, die sie instand setzt, Eigenträger des fremden Rechts zu sein. Gegenstand der Uebertragung ist nur die Berechtigung, das fremde Recht auszuüben [4]). So ist denn auch heute in Rechtsprechung und Schrifttum allgemein anerkannt, daß die Ausübung des Stimmrechts nicht von dem Eigentum an der Aktie abhängig ist, sondern daß auch ein Nichteigentümer, dem Rechte aus der Aktie ohne Eigentumsübertragung zediert worden sind, dieses Recht im eigenen Namen ausüben kann [5]).

---

1) Von dieser Vereinbarung in den allgemeinen Geschäftsbedingungen sind die besonderen Ermächtigungen zu unterscheiden, welche die Banken sich häufig zur Ausübung des Stimmrechts für die bei ihnen ruhenden Aktien erteilen lassen. Man trennt hier wieder zwischen allgemeiner Ermächtigung und besonderer Ermächtigung für den Einzelfall (vgl. Hartmann, B.A. 24/487 und Gieseke a.a.O. S. 2 ff.). Da diese Ermächtigungen aber gesondert von den allgemeinen Geschäftsbedingungen erteilt werden, gehört ihre Prüfung nicht in den Rahmen dieser Darstellung.

2) Bernstein :Der Sinn des Depotvertrages, B. A. 26 S. 234; ebenso Riesser-Bernstein S. 62.

3) So Hartmann: Das Stimmrecht d. Depotaktien, B.A. 24/486.

4) So Harmening a.a.O. S. 380; vgl. ebenso Gieseke a.a.O. S. 16; Staub-Koenige § 222 Anm. 18 und Hartmann, B.A. 24 S. 486. Simon a.a.O. S. 257 ff.

5) Vgl. RGZ. 30/50; 40/80; 60/172; 105/290; ferner u. a. Brodmann a.a.O. § 252 Anm. 1 m; Staub-Koenige § 222 Anm. 18; Riesser-Bernstein a.a.O. S. 62 b.

Mit dem Einwand allein, daß eine solche Zwischenbildung zwischen Rechtsübertragung und Vollmacht im Gesetz nicht erwähnt sei, kann dieser Einrichtung nicht entgegengetreten werden, sonst müßten auch andere Institute, wie z. B. Genußscheine, die ebenfalls keine Erwähnung im Gesetz gefunden haben, als der rechtlichen Grundlage entbehrend angesehen werden. Es ist daher nicht zu verlangen, daß die Legitimationszession durch Gesetzesvorschriften eingeengt werden soll, sondern es muß im Gegenteil gefordert werden, daß sich die Gesetzgebung dieser durch Verkehrsbedürfnisse notwendig gewordenen und durch die Rechtsprechung des Reichsgerichts anerkannten Einrichtung angleicht [6]).

Eine ausführliche rechtliche Erklärung der Legitimationszession bringt Gieseke [7]). Er bezieht sich dabei auf den § 185 Abs. 1 BGB. und legt dar, daß dieser Rechtssatz, der die Verfügung Nichtberechtigter über Gegenstände regelt, auch die Verfügung über Gestaltungsrechte mitumfaßt. Dieses konkrete Stimmrecht für den Einzelfall, welches dem Aktionär in jeder Generalversammlung zusteht, wird durch die Stimmabgabe verbraucht. Es wird also in diesem Falle über dieses Recht von einem an sich nicht Berechtigten verfügt. Aber durch die Einwilligung des Berechtigten wird diese Verfügung wirksam [8]). Gieseke prüft dann noch weiter [9]), ob sich vielleicht aus der Natur dieses Rechts ergibt, daß nur der Berechtigte oder sein Vertreter zur Geltendmachung desselben berufen seien, wie es bei anderen Verfügungen der Fall sein kann. Es ist dies ein Einwurf, der häufig von Gegnern des Bankenstimmrechts in Bezug auf die Eigentumsfrage und die Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsrechts gemacht wird und auf den unten noch einzugehen ist. Aber Gieseke stellt fest, daß auch ohne die Person des Berechtigten eine genügende Individualisierung des Rechts vorhanden ist, da diese bei Inhaberpapieren durch die Bezugnahme auf das Papier erfolgt. Dieser Ansicht, den § 185 Abs. 1 BGB. als rechtliche Erklärung für die Legitimationszession anzusehen, dürfte beizutreten sein.

Die Gegner des Bankenstimmrechts führen die verschiedensten Gründe gegen die Gültigkeit der Legitimationszession an. Teils wenden sie ein, daß das Stimmrecht der Aktie von dem Eigentum an derselben nicht übertragen und getrennt davon gebraucht werden könne [10]), teils verlangen sie, wenn es schon ausgeübt wird, wenigstens die Formvorschriften [11]) der §§ 252 Abs. 2 HGB. bezw. § 2 Abs. 1 Dep.Ges. gewahrt werden sollen.

6) Staub-Koenige § 222 Anm. 25.
7) Gieseke a.a.O. S. 17.
8) Vgl. auch v. Tuhr, Allgem. Teil II S. 244; III S. 216; Planck, Komm. z. BGB. Bd. I Vorbem. z. 3. Abschn. Nr. VII, 4.
9) Gieseke a.a.O. S. 18.
10) So Planitz a.a.O. S. 18.
11) Planitz a.a.O. S. 17; S. 25 Anm. 49.

Wenn behauptet wird, daß die Einheitlichkeit des Mitgliedschaftsrechts eine Trennung zwischen Eigentum und Stimmrecht an der Aktie nicht zulasse und daß infolgedessen das Ueberlassen des Stimmrechts einem Verleihen der Aktie gleichkomme, welches wiederum eine Verfügung „zum Nutzen" der Bank darstelle, und daher der Formvorschrift des § 2 Abs. 1 Dep.Ges. bedürfe, so ist demgegenüber festzustellen, daß es sich im Falle der Legitimationszession weder um eine Uebertragung des Eigentums noch des abstrakten Stimmrechts an der Aktie handelt, sondern daß der Bank lediglich die Stellung eingeräumt wird, das fremde Recht auszuüben. Dieses Ausüben des Rechts durch die Bank ist aber auch kein Verfügen zu ihrem Nutzen i. S. des § 2 Abs. 1 Dep.Ges.[12]). Denn wenn auch die Bank frei entscheiden kann — falls seitens des Kunden keine einschränkende Anweisung erteilt ist —, so ist sie doch niemals berechtigt, die Entscheidung zu ihrem Nutzen vorzunehmen, sondern hat stets die Interessen ihres Kunden zu wahren, wie es dem Sinn des zwischen Bank und Kunden bestehenden Vertrauensverhältnisses entspricht[13]). Es sei ferner darauf verwiesen, daß in den Fällen der gesetzlichen Vertretung der gesetzliche Vertreter stimmberechtigt ist, trotzdem er nicht Eigentümer der Aktie ist[14]). Der Vater des ehelichen Kindes und der Ehemann, der mit ihm in gesetzlichem Güterstande lebenden Frau sind kraft ihres gesetzlichen Verwaltungsrechts auch zum Abstimmen mit den Aktien der vertretenen Personen berechtigt. Auch sie können dieses Stimmrecht in eigenem Namen ausüben, trotzdem ihnen das Eigentum und das damit verbundene abstrakte Stimmrecht nicht übertragen ist. Sie haben lediglich das Recht und die Pflicht, dadurch, daß sie äußerlich in die Rechtsstellung der Vertretenen eintreten, das konkrete Stimmrecht für den Einzelfall zu verbrauchen. Beide, Vater und Ehemann, sind also durch das Gesetz allgemein ermächtigt, das Kind bezw. die Ehefrau beim Abstimmen zu vertreten, ohne daß es dazu einer besonderen Ermächtigung für den Einzelfall bedarf. Ist also eine gesetzliche Ermächtigung eines Nichteigentümers zulässig, so dürfte auch einer vertraglichen Uebertragung eines Stimmrechts nichts im Wege stehen. Denn auch hier, bei der durch die allgemeinen Geschäftsbedingungen erfolgenden vertraglichen Ermächtigung der Bank durch ihren Kunden, liegt rechtlich nichts anderes vor, als eine Einräumung einer Rechtsstellung, mit der die Berechtigung verbunden ist, ein fremdes Recht auszuüben. Wenn nun die Gegner des Bankenstimmrechts sich weiter darauf berufen, daß, wenn die Banken schon das Stimmrecht ausüben, sie es aber nur als Bevollmächtigte ihrer Kunden in deren Namen wahrnehmen können und

12) A. M. Staub, § 424 Anm. 44.
13) Bernstein, B.A. 26/234, a. M. Gieseke a.a.O. S. 44.
14) Harmening a.a.O. S. 380 u. Gieseke a.a.O. S. 19.

daß für diesen Fall die Stimmrechtsklausel in den allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht die Erfordernisse einer Vollmacht aufweise, deren sie nach § 252 Abs. 2 HGB. bedarf, so stützen sie sich hierbei auf das sogenannte demokratische Prinzip des Aktienrechts.

Wenn man dieses Prinzip im Aktienrecht verteidigen will, ist diese Annahme vielleicht berechtigt. Es soll eben jeder Aktionär nicht nur in der Lage sein, sein Stimmrecht selbst auszuüben zu können, sondern er soll gewissermaßen auch dazu verpflichtet sein. Aus diesem Grunde ist vom Handelsgesetzbuch der § 252 mit seiner erschwerenden Formvorschrift geschaffen worden. Wenn auch der Aktionär nicht gerade verhindert ist, sein Stimmrecht durch Andere ausüben zu lassen, so ist ihm dies doch durch das Formerfordernis der Schriftlichkeit erschwert[15]). Aber es ist dieser Behauptung der Stimmrechtsgegner der Einwand entgegenzusetzen, daß der § 252 HGB. die Ausübung des Stimmrechts nicht ausschließlich und zwingend regelt. Jedenfalls geht dies aus dem Wortlaut des Rechtssatzes nicht eindeutig hervor. Der Satz 1 des § 252 Abs. 2 sagt nur, daß das Stimmrecht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden kann. Es ist aber keineswegs daraus ersichtlich, daß nur durch Bevollmächtigte im Auftrage und im Namen des Vollmachtgebers gestimmt werden muß[16]), und es dürfte daher einer vertraglichen Ermächtigung, im eigenen Namen zu stimmen, nichts im Wege stehen[17]). Fraglich kann nur sein, ob die nach § 252 Abs. 2 Satz 1 HGB. für die Vollmacht vorgeschriebene Form auch für diese Ermächtigung erforderlich ist. Man kann den Standpunkt vertreten, daß, wenn man die Möglichkeit, im eigenen Namen zu stimmen, anerkennt, dann aber wenigstens die Formvorschrift auf diese Ermächtigung anzuwenden ist[18]). Vielleicht haben auch aus diesem Grunde, um ganz sicher zu gehen, die Banken heute wieder im Verkehr mit ihrer Kundschaft die besonderen Ermächtigungen von Fall zu Fall eingeführt, weil bei der allgemeinen Ermächtigung in den Geschäftsbedingungen der Bankkunde ja nicht diese selbst, sondern nur eine Bestätigungserklärung unterschreibt[19]). Vor der Inflationszeit war es bei den Berliner Großbanken allgemein üblich,

15) So Welter a.a.O. S. 26.

16) So Gieseke a.a.O. S. 19 und RG. in LZ. 1920/567.

17) Vgl. Harmening a.a.O. S. 380.

18) So Welter a.a.O. S. 24; anderer Ansicht Riesser-Bernstein (a.a.O. S. 62), der als besondere Ermächtigung eine Abrede in den Geschäftsbedingungen und als Legitimation des Verwahrers nach außen die Eigenschaft der Aktie als Inhaberpapier gelten läßt.

19) Auch Gieseke (a.a.O. S. 20), der sonst das Depotstimmrecht verteidigt, ist hier im Zweifel. Doch hält er eine derartige Formvorschrift aus dem Grunde nicht für notwendig, weil der das Stimmrecht Ausübende durch den Aktienbesitz als genügend legitimiert anzusehen ist. Die allgemeine Ermächtigung in den Geschäftsbedingungen reicht nach seiner Ansicht zur Wahrung der Schriftform nicht aus. Ebenso RGZ. 105/292.

einige Wochen vor den Generalversammlungen bei ihren Depotkunden anzufragen, ob und in welcher Weise sie von der Bank vertreten zu sein wünschten. Dieser Brauch unterblieb wegen der erheblichen Kosten- und Arbeitslast, die durch den erhöhten Effektenverkehr verursacht wurden [20]), und wegen der Interessenlosigkeit der Kundschaft, die auf diese Fragen nur in seltenen Fällen reagierte. Wenn man heute bei unseren Großbanken wieder zu diesem Brauch zurückkehrt, so ist dies aus rechtspolitischen Gründen nur zu begrüßen, denn damit dürften dann auch die letzten Zweifel an der Formvorschrift der Ermächtigung für das Depotstimmrecht beseitigt sein.

Diese Darlegungen erweisen also, daß grundsätzlich die Einwände der Gegner des Aktienstimmrechts und der Legitimationszession weder aus wirtschaftlichen noch aus rechtlichen Gründen stichhaltig sind. Doch sei hier noch auf zwei Ausnahmefälle verwiesen, in denen die vertragliche Ermächtigung der Bank durch ihren Kunden tatsächlich angreifbar ist. Es sind dies die Tatbestände der §§ 318 Satz 2 und 252 Abs. 3 HGB.

Im ersten Falle handelt es sich um das entgeltliche Leihen und Verleihen von Aktien. Eine derartige Handlung ist strafbar und demnach gemäß § 134 BGB. nichtig.

Der zweite Fall betrifft die Stimmrechtsbeschränkungen des Aktionärs bei Rechtsgeschäften oder Rechtsstreitigkeiten der Gesellschaft mit ihm und bei Abstimmungen über seine Entlastung oder seine Befreiung von Verpfichtungen. Bei solchen Gelegenheiten ist dem Aktionär das Stimmrecht genommen, weil hier seine eigenen Interessen mit denen der Gesellschaft kollidieren. Würde der Aktionär in einem solchen Falle das Stimmrecht an einen andern übertragen, so würden damit die Stimmrechtsbeschränkungen illusorisch. Das muß aus dem Grunde vermieden werden, weil durch diese Ermächtigung die Bank mehr Rechte erhält, als dem Aktionär zustehen. Eine derartige Rechtslage widerspricht dem Sinn der Legitimationszession, weil der Zessionar doch nur das Recht des Zedenten im eigenen Namen ausüben darf. Hier hat der Zedent aber gar kein Recht, über das er verfügen kann. Zum mindesten ist also ein solcher Vertrag anfechtbar. Er ist aber nichtig, wenn er mit beiderseitigem Einverständnis über die Umgehung des Stimmverbots geschlossen wird, denn ein solches Handeln würde gegen die guten Sitten verstoßen [21]).

Wenn diese beiden zuletzt genannten und im Gesetz geregelten Fälle bisweilen vorkommen mögen, so sind dies doch nur Ausnahmen, welche nicht als Argumente gegen die Rechtsgültigkeit der Legitimationszession und des Bankenstimmrechts

20) Hartmann a.a.O. S. 487.
21) S. Harmening a.a.O. S. 381 und Gieseke a.a.O. S. 21.

von den Gegnern geltend gemacht werden können. Ein derartiges Geschäftsgebaren dürfte bei den deutschen Großbanken und ihren verantwortlichen Leitern nicht zu vermuten sein, sondern sie werden von derartigen Machenschaften, die den Pflichten eines ordentlichen Kaufmanns widersprechen, abrücken und sich in dieser Hinsicht auch mit den Gegnern des Bankenstimmrechts eins wissen.

LEBENSLAUF.

Am 22. Juli 1902 wurde ich in Treptow (Tollense) als Sohn des Rentiers Wilhelm Juhnke und seiner Ehefrau Anna geb. Helm geboren. Ich besuchte von Ostern 1909 bis Ostern 1917 die Mittelschule zu Treptow (Tollense), von Ostern 1917 bis Ostern 1919 die Realschule zu Neubrandenburg und von Ostern 1919 bis Ostern 1922 die Oberrealschule zu Stralsund. Dort legte ich am 22. März 1922 die Reifeprüfung ab. Am 1. April 1922 trat ich bei der Neuvorpommerschen Spar- und Creditbank A.-G. in Stralsund als Lehrling ein und war auch noch nach Beendigung meiner Lehrzeit vom 1. Oktober 1924 bis zum 30. April 1928 in demselben Hause als Beamter tätig. Darauf bezog ich die Universität, um mich dem rechts- und staatswissenschaftlichen Studium zuzuwenden. Nach 7-semestrigem Studium — 3 Semester in Marburg, 1 in Rostock und 3 in Göttingen — legte ich am 24. Februar 1932 vor dem juristischen Prüfungsamt des Oberlandesgerichts in Celle die erste juristische Staatsprüfung ab. Am 19. September 1932 wurde ich zum Referendar ernannt. Auf Grund der vorliegenden Arbeit wurde ich von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg zur Doktorprüfung zugelassen, die ich am 16. Februar 1933 bestand. Zur Zeit bin ich beim Amtsgericht in Treptow (Tollense) im Referendar-Vorbereitungsdienst tätig.

Treptow (Tollense), den 26. März 1933.

Walter Juhnke.